عوض الضرر (غرامات التأخير)
دراسة فقهية مقارنة

إعداد

الدكتور/ أحمد جابر بدران

دكتور الاقتصاد والخبير الاقتصادي المصرفي الإسلامي

ومدير مركز الدراسات الفقهية والاقتصادية

بسم الله الرحمن الرحيم

بيانات الفهرسة

أحمد جابر بدران

عنوان المصنف: عوض الضرر (غرامات التأخير) دراسة فقهية مقارنة

المؤلف: أحمد جابر بدران

اسم الناشر: المؤلف

ط1- القاهرة – 1436هـ – 2014م

مج1 17 × 24

رقم الإيداع/

مركز الدراسات الفقهية والاقتصادية

مؤسسة فكرية إسلامية

جمهورية مصر العربية– 7 ش نوال متفرع من شارع وزارة الزراعة

العجوزة– الجيزة

تليفاكس: 37605305 (202) 01111444141- 01001444141

E-mail : CLES1996@yahoo.com

E- mail: D_AhmedGaber@yahoo.com

عوض الضرر (غرامات التأخير)
بين النظرية والتطبيق

دراسة فقهية مقارنة

إعداد

الدكتور/ أحمد جابر بدران

دكتور الاقتصاد والخبير الاقتصادي المصرفي الإسلامي

ومدير مركز الدراسات الفقهية والاقتصادية

بسم الله الرحمن الرحيم

قال تعالى: {فَنَظِرَةٌ إِلَى مَيْسَرَةٍ} [البقرة: 280] صدق الله العظيم

وقال تعالى: {إِنَّ مَعَ الْعُسْرِ يُسْرًا} [البقرة: 280] صدق الله العظيم

مقدمة

تمثل مشكلة المداينات أهمية كبرى في الحياة الاقتصادية لما لها من قدرة كبيرة على توسيع نطاق التبادل التجاري والاقتصادي، وتحسين كفاءة استخدام الموارد النقدية، ومع التطور الاقتصادي الكبير أصبحت معظم العمليات والصفقات المالية تتم أغلبها في صورة آجلة وتطورت النظم والأساليب التي تجرى بها تلك المعاملات وتنوعت بشكل كبير، وكلما تقدم الاقتصاد القومي في بلد ما كلما زاد حجم المعاملات الآجلة (المداينة) فنجد أن اقتصاديات البلاد المتقدمة تتميز باتساع وتعاظم المعاملات الآجلة، ففي أمريكا والدول الأوربية الصناعية تمثل المعاملات الآجلة 71%.

بعكس الدول النامية اقتصادياً فالمداينات تسهم بشكل ملموس في تزايد حجم المعاملات وتوسيع حجم الطلب وتنشيط المبيعات وزيادة حركة دوران السلع، والاستخدام الأمثل للموارد الاقتصادية للمنشآت، ونتيجة لذلك تزايد الاهتمام العلمي من جانب الجامعات ومراكز الأبحاث والدراسات. بدراسة عناصر المداينات وأصبحت له فروع خاصة في مجال علوم الإدارة المالية والتوقعات النقدية والتحليل المالي... إلخ، بغرض البحث في أنسب أساليب للإدارة الفاعلة للموارد وتنظيم قدرات المنشآت... إلخ.

ولقد أهتمت الشريعة الإسلامية بالمداينات، وأقرت مجموعة من العقود والقواعد التي تصلح أساساً راسخاً لنظام متطور جدا للمداينة: ومن هذا، توثيق الديون، الكفالة – الرهن – الحوالة – الوكالة، كما وفرت الشريعة الإطار الأخلاقي والتنظيم المساند للمداينات، وكل ما يولد الثقة ويدعم المداينات ويوسع نطاقها ولمنع ما يزعزع الثقة في القدرة على الوفاء بالالتزامات المالية الآجلة.

قال الله تعالى: {**يَأَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا تَدَايَنْتُمْ بِدَيْنٍ إِلَى أَجَلٍ مُسَمًّى فَاكْتُبُوهُ وَلْيَكْتُبْ بَيْنَكُمْ كَاتِبٌ بِالْعَدْلِ وَلَا يَأْبَ كَاتِبٌ أَنْ يَكْتُبَ كَمَا عَلَّمَهُ اللَّهُ فَلْيَكْتُبْ وَلْيُمْلِلِ الَّذِي عَلَيْهِ الْحَقُّ وَلْيَتَّقِ اللَّهَ رَبَّهُ وَلَا يَبْخَسْ مِنْهُ شَيْئًا فَإِنْ كَانَ**

الَّذِي عَلَيْهِ الْحَقُّ سَفِيهًا أَوْ ضَعِيفًا أَوْ لَا يَسْتَطِيعُ أَنْ يُمِلَّ هُوَ فَلْيُمْلِلْ وَلِيُّهُ بِالْعَدْلِ وَاسْتَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ مِنْ رِجَالِكُمْ فَإِنْ لَمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ مِمَّنْ تَرْضَوْنَ مِنَ الشُّهَدَاءِ أَنْ تَضِلَّ إِحْدَاهُمَا فَتُذَكِّرَ إِحْدَاهُمَا الْأُخْرَى وَلَا يَأْبَ الشُّهَدَاءُ إِذَا مَا دُعُوا وَلَا تَسْأَمُوا أَنْ تَكْتُبُوهُ صَغِيرًا أَوْ كَبِيرًا إِلَى أَجَلِهِ ذَلِكُمْ أَقْسَطُ عِنْدَ اللَّهِ وَأَقْوَمُ لِلشَّهَادَةِ وَأَدْنَى أَلَّا تَرْتَابُوا إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً حَاضِرَةً تُدِيرُونَهَا بَيْنَكُمْ فَلَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ أَلَّا تَكْتُبُوهَا} إلى قوله تعالى: {**وَإِنْ كُنْتُمْ عَلَى سَفَرٍ وَلَمْ تَجِدُوا كَاتِبًا فَرِهَانٌ مَقْبُوضَةٌ فَإِنْ أَمِنَ بَعْضُكُمْ بَعْضًا فَلْيُؤَدِّ الَّذِي اؤْتُمِنَ أَمَانَتَهُ**}[1].

وتتلخص صورة المماطلة بالدين: في نوعين:

-النوع الأول: المدين المعسر: وقد حددت الشريعة الإسلامية الحكم الشرعي في الآية الكريمة: {**وَإِنْ كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَى مَيْسَرَةٍ وَأَنْ تَصَدَّقُوا خَيْرٌ لَكُمْ إِنْ كُنْتُمْ تَعْلَمُونَ**}([2]).

-النوع الثاني: المدين الموسر: تعد المماطلة في سداد الدين من قبل المدين الموسر (أي القادر على الوفاء) هي جوهر مشكلة المداينات، وقد أوضح النبي صلى الله عليه وسلم في حديثه الشريف: "**مطل الغني ظلم يحل عرضه وعقوبته**" ويزيد من خطورة المشكلة في عصرنا الحالي وفي ظل أوساط تدعوا إلى تطبيق الشريعة الإسلامية والاقتصاد الإسلامي وأن الشريعة تحرم الربا. لذلك لابد من أن يكون لها مخرج فقهي. من خلال استخدام طرق أخرى([3]).

([1]) سورة البقرة آية 282، 283.

([2]) سورة البقرة آية 280.

([3]) التعويض عن ضرر المماطلة في الدين بين الفقه والاقتصاد – د/ محمد أنس الزرقا، د/ محمد علي القري ص25: 30، بحث منشور بمجلة أبحاث الاقتصاد الإسلامي م2 ص25 : 57، 1411هـ – 1991م.

وتتمثل القصور في أدنى صورة، في ضياع انتفاع الدائن بدينه بسبب التأخير، أو ربح كان يرجوه من استثمار ماله.

وفي وقوع ضرر على الدائن من جراء تأخير وفاء المدين بما عليه. ربما كان ضرراً بالغاً، إذا ترتب على التأخير عدم التزام الدائن نفسه بما يكون قد التزم به من التزامات مالية قبل الغير.

وهذه الصور بالرغم من ضررهم البسيط، إلا أنها تمثل مشكلة كبيرة بالنسبة للمؤسسات المالية التي يمثل التمويل والاستثمار نشاطها الأساسي.

فهل يجوز شرعاً التعويض عن تلك المنفعة المرجوة؟ هل يجوز شرعاً العقوبة بالمال؟

ويتكون هذا البحث من فصلين:

الفصل الأول: مجموعة آراء العلماء حول المداينات.

الفصل الثاني: التخريجات الفقهية: حكم العقوبة بأخذ المال في المذاهب الأربعة.

الفصل الأول

مجموعة آراء العلماء حول المداينات

-1-

جواز الحكم بتعويض مالي

محدد للدائن عن المماطلة

وذهب لهذا الرأي فضيلة الشيخ/ مصطفى الزرقا، د/ محمد الصديق الضرير.

وإن كان هناك اختلاف في التفصيل سيرد فيما بعد:

أولاً: عرض لرأي الشيخ مصطفى الزرقاء([1]):

حيث يرى أنه إذا وقعت المماطلة جاز للقاضي فقط تعويض الدائن، ولا يجوز الاتفاق مسبقاً بين الدائن والمدين على تحديد ضرر الدائن من تأخير الوفاء. وأوضح فضيلته ما يلي:

(1) أن الفقهاء قديما لم يعالجوا مسألة التعويض لقلة أهميتها وسرعة التقاضي، ووجود شبهة الربا، وفي ظل نظام التقاضي الحالي يتضاعف الضرر على الدائن.

(2) المماطل ظالم يستحق العقوبة لما صح عن حديث رسول الله صلى الله عليه وسلم: "**مطل الغني ظلم يحل عرضه وعقوبته**".

(3) الضرر يزال حسب قواعد الشريعة([2])، ولا إزالة له إلا بالتعويض ومعاقبة المدين المماطل وحدها لا تفيد الدائن المضرور.

([1]) هل يقبل شرعاً الحكم على المدين المماطل بالتعويض على الدائن.
الشيخ مصطفى الزرقا – مجلة أبحاث الاقتصاد الإسلامي ع2 / مج2 1405 – 1985 (87-89)، والتعويض عن ضرر المماطلة، مرجع سابق، ص33 : 32.

([2]) المجلة العدلية (م 20)، قال شارحها علي حيدر: لأن الضرر هو ظلم وغدر والواجب عدم إيقاعه، وإقرار الظالم على ظلمه حرام وممنوع أيضا فيجب إزالته. (درر الحكام 33/1).
لكن علينا أن نتبصر هذه القاعدة في ضوء أختها (الضرر لا يزال بمثله، ولا بأكثر منه بالأولى. إذن يشترط بأن يزال الضرر بلا إضرار بالغير إن أمكن وإلا فبأخف منه (المجلة وشرحها م 25).

(4) تأخير أداء الحق يشبه الغصب، وينبغي أن يأخذ حكمه، وهو أن الغاصب يضمن منافع المغصوب مدة الغصب عند الجمهور، إلى جانب ضمانه بمثله إن كان له مثل أو بقيمته إن لم يكن له مثل لو هلك:

ومنافع المغصوب هنا هي ما كان يجنيه الدائن من ربح في أدنى الحدود المعتادة، لو أنه قبض دينه في ميعاده واستثمره بالطرق المشروعة([1]).

(5) لابد من التوقي من أن يتخذ التعويض عن ضرر المماطلة ذريعة إلى الربا، فيمنع الاتفاق المسبق ويعاد الأمر إلى القضاء للتحقق من عدم وجود عذر مشروع، ولتقدير التعويض([2]).

وفرق الشيخ/ مصطفى الزرقا بين ما اقترحه وبين الفوائد الربوية بما يلي:

1- الفائدة في حقيقتها استغلال من الدائن للمدين ولجهوده. وأما تعويض ضرر التأخير فبعيد عن هذا؛ بل هو إقامة عدل يزيل ضرراً.

2- الفائدة في المداينات تعقد المداينة على أساسها من البداية فتكون طريقة استثمارية، أما تعويض الضرر فليس طريقاً استثمارياً وإنما هو إعادة عادلة ولا تكون المداينة قائمة عليها من البداية.

ومن المبادئ والقواعد الفقهية التي يرى الشيخ مصطفى الزرقا أنها ذات دلالة وإيحاء في الموضوع قضية منافع الأشياء.

فقد اختلفت الأنظار في منافع الأشياء هل تعتبر أموالاً لها قيمة ذاتية.

فعند الحنفية أن المنافع ليست أموالاً ولكنها تكون ملكاً حيث قصروا مفهوم المال على الأعيان المادية، وفرقوا بين المال والملك.

([1]) من القواعد التي ينبغي تأملها في هذا المقام قاعدة (الساقط لا يعود) (المجلة م).

والدائن قد أسقط حق الانتفاع بدينه مدة دينه. أما بعد انتهاء المدة فهل يعود هذا الحق من تلقاء نفسه، مما يعني أنه يتعلق بذمة المدين إضافة إلى ما تعلق بها من أصل الدين، مما يوجب إبراء ذمته منهما، أو لا يعود إلا بالرد؟.

([2]) قال ابن جزى: فإن كان – أي الفضل في رد القرض – بشرط أو وعد أو عادة منع مطلقاً، وإن كان بغير شرط ولا وعد ولا عادة جاز اتفاقاً في الأفضل. (القوانين الفقهية – ط دار الفكر – ص 249).

و(بغير شرط ولا وعد ولا عادة) هل يدخل فيه الصلح بالتراضي وحكم القاضي بالإلزام؟ تأمل.

وإنما ورد تقويمها – أي المنافع – في الشرع بعقد الإجارة خلاف القياس، فلا تقوم في غيره، وبالتالي فمنافع المغصوب لا يضمنها الغاصب.

ويرى الشافعية([1]) والحنابلة أن المنافع أموال متقومة في ذاتها، لأنها هي المقصودة من الأعيان.

ويرى الشيخ مصطفى الزرقا أن هذا الرأي هو الأقوى دليلاً.

2- رأي الدكتور محمد الصديق الضرير:

فقد جاء جواباً لاستفسار قدمه أحد المصارف الإسلامية، وخلاصته أنه لا يجوز للبنك الاتفاق مع العميل على مبلغ محدد، أو نسبة من الدين تدفع في حالة التأخير. لكن يجوز أن يتفق البنك مع العميل المدين على دفع تعويض عن الضرر

([1]) وتقوم المنافع لا يعني ضمانها مطلقا بل المضمون منفعة ما يجوز إجارته، فمذهب الشافعية أن المضمون هو المعصوم وهو قسمان أحدهما ماليس بمال وهو الأحرار، وتفصيله في كتاب الديات. والثاني ما هو مال وهو نوعان أعيان ومنافع. والأعيان ضربان حيوان وغيره. وغير الحيوان منقسم إلى مثلى ومتقدم. والنوع الثاني المنافع وهو أصناف منها منافع الأموال من العبيد والثياب والأرض وغيرها وهي مضمونة بالتفويت والفوات تحت اليد العادية. فكل عين لها منفعة تستأجر لها يضمن منفعتها إذا بقيت في يده مدة لها أجرة. (روضة الطالبين للنووي المكتب الإسلامي 5/12-13 باختصار شديد).

وكتطبيق على مذهب الشافعية نعرض فتوى للتقي السبكي حيث سئل عن أرض تؤجر وقت الزراعة بعشرين الفدان وإذا أوجرت بأجر مؤجلة إلى المغل أوجرت بأربعين فغصبها غاصب وزرعها. ولم يطالبه صاحبها إلى أوان المغل. فأجاب: هنا ضمانان أحدهما ضمان جناية بإبطاله منفعة الأرض بزرعه يضمنه بقيمة تلك المنفعة حالاً وتثبت في ذمته مآلا سواء أطالبه صاحبها أم لا سواء ألزمه بقلع زرعه أم لا والغرض أن قلع الزرع لا يفيد في عود منفعة الأرض. والضمان الثاني ضمان أجرة بقاء الأرض في يده إما لاستمرار زرعه فيها وإما لغير ذلك. وهذا يجب شيئا فشيئا فأي وقت حضر المالك له مطالبته بالأمرين جميعا. ضمان المنفعة التي فاتت بجانيته وقت تفويتها وضمان أجرة المثل للمدة التي أقامت في يده. ويرجع في تقويم كل منهما إلى أرباب الخبرة. (فتاوى السبكي- ط القدسي 1356هـ - 1396هـ) وموجب الضمان التفويت، والموجب فيه هو كل مال معصوم من عين أو منفعة وإنما يضمن منفعة الأموال بالتفويت خلافاً له – أي أبي حنيفة – والفوات خلافاً لهما – أبي حنيفة ومالك – لأن اليد ثابتة عليهما، وإلا لما منع إيجاره فيضمن كالعين. (الغاية القصوى للبيضاوي – ط العراق – 1/571 – 572).

شريطة أن يكون ضرر البنك مادياً وفعلياً، وأن يكون العميل موسراً ومماطلاً. ويحسب التعويض على أساس الربح الفعلي للبنك خلال فترة التأخير.

وإذا لم يحقق ربحاً فلا يطالب بشئ، كما أنه لا يجوز مطالبة المعسر بتعويض بل يجب إنظاره حتى يوسر([1]).

-2-

عدم جواز الغرامة المالية

أولاً: رأي الدكتور/ نزيه حماد، د/ سعيد رمضان البويطي: وخلاصته: أن المشرع لردع المماطل إنما يكون بتهديده.

1-بعقوبة الله في الآخرة.

2-أن يأمره القاضي بالأداء، فإن امتنع حبسه، فإن أصر ضرب وعذر حتى يؤدي الدين؛ فإن أبى باع الحاكم ماله ووفى الدائنين حقوقهم.

ويستند في رأيه على ما يلي:

أ- هو اعتبار المماطل في حكم الغاصب، لكن الفقهاء يشترطون في ضمان المنافع أن يكون المغصوب مما تجوز إجارته كالأعيان، لهذا استبعدوا النقود لعدم جواز إجارتها وإلا أفضى إلى الربا.

ب- منافع الأعيان الصالحة للإجارة تعد محققة، إذ تقابل بمال في عقد الإجارة؛ بخلاف النقود بقابليتها للزيادة بالاستثمار محتملة غير محققة. فمنافعها المفوتة على الدائن لا تعد مالاً حتى يطالب بتعويض مالي؛ لأن مبدأ الضمان المالي في الشريعة قائم على المماثلة بين الفائت وعوضه ولا مماثلة هنا.

ج- طول التقاضي مما يزيد من جسامة ضرر الدائن ليس مبرراً مقبولاً، لأن الفقه الإسلامي ليس مسئولاً عن إيجاد حلول لمشكلات أفرزتها تقنينات وضعية غريبة عن الإسلام.

([1]) التعويض عن ضرر المماطلة – مرجع سابق – ص34 – 35.

ثانياً: رأي الدكتور البويطي:

فيرى أنه لاتجوز العقوبة بالمال،

وقد نقل نصوص المذاهب –كما سيأتي بيانه – علق عليها قائلاً: "وإذا تبين لك هذا، علمت أن إجماع المذاهب الأربعة قد انعقد على أن التعزير لا يجوز أن يكون يشئ من مال المعزر وتملك غيره له كائناً ما كان"([1]).

-3-

إباحة التعويض عن الضرر غير العادي

أو عن الضرر المحقق

(د/ زكي الدين شعبان – د/ زكي عبد البر)

أولاً: رأي الدكتور زكي الدين شعبان: لا يجيز التعويض عن مجرد حرمان الدائن من الربح بل يجعله مقصوراً على الضرر غير المألوف بأن يكون الدائن قد ارتبط بالتزامات مادية بناء على توقع صدق المدين على الوفاء.

وفقد أخذ به القانون المدني بالكويت مادتي 305، 306.

ثانياً: الدكتور زكي عبد البر: فقد اشترط حصول الضرر... كأن أدى به ذلك إلى إخلاله بالوفاء بما عليه هو للغير مع علم مدينه المماطل ذلك.

وأدلتهما على هذا ما يلي:

1- لفظ العقوبة الوارد في الحديث مطلق (أي حديث مطل الغنى ظلم يحل عرضه وعقوبته). والمطلق يجرى على إطلاقه ما لم يقم الدليل على تقييده. هي بإطلاقها تتناول الحبس وغيره من كل ما يؤدي إلى زجر المتلاعبين بالالتزامات.

2- لا يجوز تعويض الدائن عن الربح الفائت بالتأخير؛ لأنه غير مؤكد الحصول، كما أنه يؤدي إلى الربا. ولا يصح قياسه على الغصب؛ لأن منافع الأعيان أموال متقومة في ذاتها بينما منافع النقود غير متقومة بلا خلاف بين العلماء.

([1]) المرجع السابق، ص155.

3- المستخلص من الفقه أن المال لا يجب إلا مقابل مال ولا يجب مقابل ضرر محتمل لم يثبت([1]).

4- جسامة الضرر نتيجة التقاضي يكون علاجه بإصلاح القضاء، لا بمخالفة القواعد الفقهية الصحيحة، والعقاب الجنائي أكثر ردعاً من التعويض المدني([2]).

-4-

اقتراح عقوبات مالية للمماطلة تدفع لجهة أخرى

غير الطرف الدائن كصندوق خاص للتعويضات

(د/ الصديقي، ود/ علي السلوس)

1-رأي الدكتور الصديقي: يرى أنه يجوز معاقبة المماطل قضائياً بدفع مبلغ إلى صندوق خاص ينشأ لهذا الغرض، ويجوز للمتضررين طلب معونة مالية تقدر على حسب الضرر والحاجة.

2-رأي الدكتور علي السالوس: فأجاز أن يتضمن العقد شرطاً جزائياً يفرض على المدين المماطل دون عذر شرعي جزاء مالياً ليس لحساب المدين بل لحساب جهة خيرية يحددها العقد([3]).

-5-

بإلزام المماطل إقراض الدائن قرضاً حسناً

مماثلاً مؤجلاً بنفس المدة

(د/أنس الزرقا، د/ محمد علي القري)

([1]) والقاعدة الفقهية: لا يجوز لأحد أن يأخذ مال أحد بلا سبب شرعي. المجلة م97.

([2]) بحث د/ أنس الزرقا، محمد علي القري. مجلة أبحاث الاقتصاد الإسلامي، 1411هـ - 1991م، ص35 : 36. وبحث: رأى آخر في مطل المدين، هل يلزم بالتعويض، للدكتور محمد زكي عبد البر، مجلة جامعة الملك عبد العزيز – الاقتصاد الإسلامي- م2- 1410/1990 – ص156، 159 : 160.

([3]) بحث د./ أنس الزرقا، د./ محمد على القرى، مرجع سابق، ص37 – 38.

ومجمل رأيهما أنه كما لا خلاف في جواز العقوبات المالية، فإنه مما لن يختلف حوله كثيراً جواز التعويض عن الضرر المحدد الناجم عن المماطلة إذا أثبته الدائن. حيث أنهما يريان إن الدائنيين يواجهون بما يلي:

1- عدم وجود عقوبات غير مالية رادعة.

2- عدم تمكن الدائن من إثبات ضرر محدد يستحق به التعويض، أو إثبات فوات ربح محقق. وكل ما يستطيع الدائن أن يدعيه هو أن المماطل حرمه الانتفاع بماله.

وفي ضوء ما سبق اقترحا ما يلي:

1- يلزم المدين المماطل قضائياً بأداء الدين إبراء لذمته كما يلتزم بتقديم قرض حسن للدائن يساوي مقدار الدين الأصلي ويكون مؤجلاً لمدة زمنية تساوي مدة المماطلة مما يحقق تعويضه بالانتفاع بمال مماثل لمدة مماثلة على حساب المماطل.

فبحسب هذا الحل لا يمنح الدائن أي مبلغ نقدي إضافي فوق دينه الأصلي بل يمنح فرصة جديدة غير مضمونة مقابل الفرصة التي فوتها عليه المماطل، دون أي شبهة ربوية([1]).

واحتجا لهذا بعدة حجج:

1- القاعدة الشرعية المستقرة يعاقب المسيئ بنقيض قصده([2]). ومن الشواهد الفقهية لهذه القاعدة: عقوبة مانع الزكاة بأخذ شطر ماله، وعقوبة سارق الثمر المعلق

([1]) المرجع السابق، ص44 : 45.

([2]) فمن سعى في نقض ما تم من جهته فسعيه مردود عليه، (المجلة م100)، ويستأنس لذلك بقوله تعالى: {**فمن اعتدى عليكم باعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم**} [البقرة: 194].

ومما يساعد على هذا الاقتراح قاعدة ذكرها أحد علماء الشافعية بقوله: جواز التعزير بمثل ما تعدى به. ولا يعدو هذا الاقتراح أن يكون كذلك.

لكن حول هذه القاعدة نقاش ربما لا يكر بالبطلان التام عليها لكن نورده توضيحاً للمقام.

سئل العلامة ابن حجر الهيتمي رحمه الله تعالى عن قوله في العباب (فائدة: صح عنه صلى الله عليه وسلم أنه لما لد في مرضه بغير رضاه أمر بلد الحاضرين فاقتضى جواز التعزير بمثل ما تعدى به.

دون حد السرقة بالتعزير وتغريم ضعف القيمة، وطلاق الضرر بقصد حرمان الزوجة من الميراث فتورث إن مات في العدة معاملة له بنقيض قصده.

كما يرى الإمام مالك أن من تلقى الركبان يعامل بنقيض قصده، فتباع السلعة التي تلقاها فإن ربحت أشرك معه أهل السوق في الربح وإن خسرت فالخسارة عليه وحده.

ويستأنس لهذا بقضاء سيدنا سليمان الذي ألمحت إليه الآية: {**وَدَاوُدَ وَسُلَيْمَانَ إِذْ يَحْكُمَانِ فِي الْحَرْثِ إِذْ نَفَشَتْ فِيهِ غَنَمُ الْقَوْمِ وَكُنَّا لِحُكْمِهِمْ شَاهِدِينَ. فَفَهَّمْنَاهَا سُلَيْمَانَ وَكُلًّا آتَيْنَا حُكْمًا وَعِلْمًا**}([1]).

فقد قضى سيدنا سليمان بأن يدفع أصل أهل الغنم إلى المتضرر صاحب الزرع ليستثمره ويتملك منافعه الصافية، ويعمل أهل الغنم على رعاية وإصلاح الزرع.

قالا: ولنا أن نستنتج أن قيمة المنافع الصافية من الغنم مضافاً إليها قيمة العمل على إصلاح الزرع كانت في تقديره تعدل قيمة ضرر صاحب الزرع.

قال ابن حجر: وقوله (فاقتضى جواز التعزير) هو ما سبقه إليه غيره لكن عبارته: (وفيه مشروعية القصاص فيما يصاب به الإنسان) لكنه- أي عبارة غيره – مردودة بأن الجميع لم يتعاطوا لده وإنما بعضهم فكيف يقتص من الجميع؛ ولأجل هذا الاعتراض جعل- أي صاحب العباب – ذلك من باب التعزير دون القصاص. ولكن رد بأنهم كانوا متأولين، والمتأول المعذور في تأويله لا يعزر. فالوجه أنه أراد بذلك تأديبهم لئلا يعودوا.

وبه يندفع قول العباب فاقتضى الخ. (الفتاوى الكبرى لابن حجر الهيتمي – ط المشهد الحسيني – 234/4 : 235 باختصار، وقوله (والوجه أنه أراد بذلك تأديبهم لئلا يعودا) لا ينهض لدفع قول العباب، لأن التعزير عرفوه بأنه تأديب دون الحد. تأمل.

تنبيه: العباب هو العباب المحيط بمعظم نصوص الشافعي والأصحاب للقاضي صفى الدين أبي العباس أحمد بن عمرو المرادي اليمني الشافعي المعروف بابن المذحجي ت 1930م.

وقد شرحه ابن عراق المتوفى 1963م. أفاده في ذيل كشف الظنون، "وقال ابن حجر الصيتمي: (.. إلى أن جاء صاحب العباب أحمد بن عمر المزجد [وقع لقبع هنا، وهو يخالف ما تقدم عن ذيل كشف الظنون] فاختصر الروضة [يعني روضة الطالبين للنووي]، وضم إليها من فروع المذهب ما لا يحصى، ثم شرحته شرحاً حسناً مبيناً محاسنه، وقد وصلت فيه إلى باب الوكالة " وسمى شرحه بالإيعاب. راجع الفوائد المكية للسقاف ص36. ط. الحلبي.

([1]) سورة الأنبياء الآية 77، 78.

ولا ريب أن منافع الغنم ليست مقداراً ثابتاً بل متوقع احتمالي [وإن كان متيقن وجودها]، بخلاف قيمة الغنم والزرع. وأما قيمة إصلاح الزرع فميسورة التقدير. فقد قوبل قيمة الضرر المعلومة بمجموع قيمتين إحداهما احتمالية.

ووجه الشبه مع الصيغة المقترحة أن التعويض في الحالتين يقوم على تسليم المضرور – ولفترة من الزمن – مالاً يستثمره من أموال من أحدث الضرر، و[مقدار] منفعة الاستثمار احتمالية في الحالتين.

وعلى أية حال فالقصة للاستئناس فقط على معقولية الصيغة إذ لم ترد السنة بتفسيرها، ومن ثم لا تصلح دليلاً شرعياً في هذا المقام حتى عند من قال: إن شرع من قبلنا شرع لنا([1]).

كما أن كثيراً من العقوبات المالية تجوز شرعاً عندما يقضي بها القاضي عقوبة، ولا تجوز على سبيل التعاقد ابتداء كأروش الجراحات وغير ذلك حيث "يغتفر في القضاء من المعاوضة مالا يغتفر ابتداء، فبيع الرطب بالتمر لا يجوز في غير العرايا. ويجوز في المعاوضة عند الوفاء([2])، من ثم فهذه الصيغة بعيدة عن مسألة أقرضني وأقرضك الممنوعة شرعاً، حيث يتعاقد طرفان ابتداء على أن يقرض أحدهما الآخر مقابل أن يقرضه فيما بعد.

كما أن هذه الصيغة بعيدة عن اشتراط القرض المماثل الذي اقترحه محمد باقر الصدر، والتي لم تلق رواجاً عند العلماء حيث اقترح أن يشترط البنك على المقترض تقديم قرض للبنك مماثل للفائدة الربوية. كما أنها بعيدة عن القروض المقابلة للودائع، والتي لم يجدها مجلس الفكر الإسلامي طريقاً صحيحاً للتمويل اللاربوي عموماً([3]).

([1]) المصدر السابق ص46 – 47، وما بين المكوفات زيادة منا، حتى يلتئم الكلام بعضه مع بعض.

([2]) فتح الباري ج5 ، ص60.

([3]) المصدر السابق ص47 : 49.

الموافقات بين الآراء:

1- النظام القضائي المرتضى شرعاً لا يجوز أن تكون إجراءاته مطولة، بما يؤدي إلى تفاقم المشكلة.

2- الحل الشرعي هو العقوبة غير المالية. والعقوبة المالية خلاف الأصل سداً لذريعة الربا.

3- ولهذا فمن يقول بالتعويض المالي يضع من الشروط والقيود ما يرى أنه كفيل بالبعد عن هذه شبهة الربا، في حين يرى المانعون أن مثل هذه الشروط والقيود غير كافية([1]).

المزايا، والمحاذير: أما الرأي الأول: الذي ينادي بالتعويض المالي فأبرز مميزاته أنه يعالج الظلم في ظل نظام قضائي غير إسلامي وأكبر محاذيره أنه قد يتخذ ذريعة للربا.

لاشك أن أهم مميزات الرأي الثاني: بالمنع أنه بعيد تماماً عن شبهة الربا، لكنه في نفس الوقت ليس في المتناول اليوم في ظل الظروف الفعلية.

أما الرأي الثالث: الذي يجيز التعويض عن الضرر غير العادي، أو عن الضرر المحقق فيؤخذ عليه أنه وإن كان بعيداً عن شبهة الربا إلا أنه قلما يحمي المؤسسات المالية الإسلامية إذ يندر أن تؤدي المماطلة إلى عجزها عن التزاماتها.

أما الرأي الرابع: بدفع التعويض لغير الدائن بل لحساب صندوق خاص بالتعويضات فيحتاج إلى وجود نظام إسلامي متكامل وهو ما نفقده الآن.

-وأما دفع التعويض لجهات خيرية فمع بعده عن الربا وسهولة تطبيقه إلا أنه لا يجبر الضرر الذي أصاب الدائن.

أما الرأي الخامس: فمع كونه مناسب للضرر المراد إزالته حيث لم يتجاوزه ولم يقصر عنه. إلا أنه لم يراع مدى إيسار المماطل الذي ربما قصر قدرته عن دفع

([1]) المصدر السابق ص38.

ضعف ما أفترضه. كما أنه قد لا يحقق إزالة الضرر عن الدائن الذي يرتبط رواج نشاطه بوقت دون آخر.

ومهما يكن فإن هذه الصيغة ربما تلبي الحاجة في كثير من الصور وإن عجزت عن بعضها مما يمكن حله عن طريق صيغ أخرى أكثر ملائمة. وهو ما تقدم جزءا منه بقية الآراء وغيرها مما قد يجد من اقتراحات حول المشكلة. فليس من الضروري أن يكون هناك حلاً واحداً لجميع الصور والحالات بل يجوز أن يكون هناك أكثر من حل –بشرط جوازها الشرعي– يختار المتعاقدان أو المحكم أو القاضي ما يرونه مناسباً للحالة المعروضة عليه.

والآراء جميعها – عدا الرأي الثاني – تؤول في مجملها إلى جواز العقوبة بأخذ المال. وهو ما نفاه بشدة الدكتور البوطي ولأهمية هذه المسألة فلابد من تناولها بالتفصيل خاصة بعد أن قال الدكتور البوطي: "إن هذه المسألة ليست مما وقع فيه الخلاف بين الأئمة.. فليس فيها مجال لأي بحث مقارن، ثم قال بعدها عن التعزير على الجنايات المختلفة بغرامات مالية عليها تؤخذ امتلاكاً إنه تم فيها إجماع الأئمة على منع ذلك([1]).

([1]) المصدر السابق ص41 : 43.

الفصل الثاني

حكم العقوبة بأخذ المال في المذاهب الأربعة

-1-

مذهب الشافعية

"اتفق علماء الشافعية على أن من استحق التعزير بارتكارب مالا حد فيه من الجنايات أو المحرمات كان للإمام أن يعزره بضرب أو سجن أو تعذيب أو تشهير بين الناس أو إغلاظ له في القول، ولم يزيدوا على هذه الوسائل شيئاً آخر. ولو كان التعزير بأخذ المال جائزاً عندهم لذكروه"([1]).

وكما تراه فهو استدلال بالمقتضي، ونصوصهم لا تساعده حيث تومئ إلى أن ما ذكروه للتمثيل لا للحصر، أضف إلى هذا ما صرحوا به من أن التعزير متروك لاجتهاد الإمام يعمل فيه ما يراه، مما يمنع إرادة الحصر فيما ذكروه.

1-قال الشيرازي في المهذب([2]): "من أتى معصية لأحد فيها ولا كفارة... عزر على حسب ما يراه السلطان".

2-وقال النووي: "جنس التعزير من الحبس أو الضرب جلداً أو صفعاً إلى رأي الإمام فيجتهد ويعمل ما يراه من الجمع بينهما (أو) الاقتصار على أحدهما. وله الاقتصار على التوبيخ باللسان.

وأما قدر التعزير فإن كان من غير جنس الحد كالحبس تعلق باجتهاد الإمام"([3]).

وقال أيضاً: "يعزر في كل معصية لأحد لها ولا كفارة بحبس أو ضرب أو صفع أو توبيخ. ويجتهد الإمام في جنسه وقدره...".

([1]) الدكتور البوطي، مرجع سابق، ص148 ، 164.

([2]) المهذب للشيرازي (306/2)، ط الحلبي.

([3]) روضة الطالبين للنووي 174/10، ط المكتب الإسلامي. ولا يخفى أنه زاد التوبيخ بعد ذكر الحبس والضرب، ثم قال: كالحبس فأفاد إرادة التمثيل.

3-قال الخطيب في شرحه عليه: "…. وقضيته الحصر فيما ذكره وليس مراداً فإن من أنواع التعزير النفي كما ذكره في باب حد الزنا ونص عليه في الأم وقد ثبت في الحديث نفي المخنثين، ومنه –أي التعزير- كشف الرأس والقيام من المجلس والإعراض كما ذكره الماوردي. قوله: "ويجتهد الإمام في جنسه وقدره، لأنه غير مقدر شرعاً موكل إلى رأيه يجتهد في سلوك الأصلح لاختلاف ذلك باختلاف مراتب الناس وباختلاف المعاصي، فله أن يشهر في الناس ما أدى اجتهاده إليه"([1]).

فهذا ظاهر الدلالة على نفي الحصر، وأن نصوص الشافعية التي استند إليها الدكتور البوطي لا تساعده على دعواه على أنه لا ينبغي أن يفهم من هذا الاعتراض ترجيح المقابل وهو الجواز أو ميلنا إليه، غاية الأمر هو تحرير المقام فيما يستدل به لهذا الرأي أو ذلك دفعا وإيرادا، فإنه لا يفيد الرأي الراجح الدليل الواهي، بل لعله أن يشكك في أرجحيته!

وأصرح ما ترى للسادة الشافعية: في هذا المقام ما نقله الربيع عن الشافعي رحمهما الله في كلام له يأت بتمامه وفيه قال إنما العقوبة في الأبدان لا في الأموال.

ولكن إنما قاله الشافعي رحمه الله في معرض رد تضعيف الغرامة وسيأتي تمام نصه في محله.

4-ومن صريحه أيضاً ما نقله الأخميمي عن الغزالي رحمه الله من قوله العقوبة بالمال لا عهد بها في الإسلام ولا تلائمه تعرفات الشرع لأنها لم تتعين لمشروعية العقوبات البدنية بالسجن والضرب وغيرهما – وهذا مما يحتاج الكشف عنه لمعرفة سباقه وسياقه.

5-وقال الأردبيلي رحمه الله (ولا يجوز – يعني التعزير – بحلق اللحية ولا بأخذ المال.

([1]) المنهاج للنووي مع شرح مغنى المحتاج للخطيب الشربيني 4/191-192.

6-نعم وقال بعض متأخر الشافعية([1]): "ولا يجوز على الجديد بأخذ المال" قال ذلك الشيخ عميرة في حاشيته على شرح المحلي على المنهاج، والشيخ علي الشبراملسي في حاشيته على شرح الرملي على المنهاج([2]).

ونقله الأخميمي رحمه الله أيضا عن الداغستاني رحمه الله في حاشيته على التحفة وابن القاسم رحمه الله على المنهج.

وهذا النص يحتاج إلى تتبع لمصدرهما فيه، حيث يلاحظ أن المتقدمين على هذه الطبقة لم ينقلوا هذه المسألة في باب التعزير وليس غير ما تقدم نقله مع إطلاعهم على أصل المسألة.

والظاهر أنه مأخوذ من كلام الشافعية على مسألة مانع الزكاة فهي التي فيها خلاف بين الجديد والقديم. كما أن محلها مختلف عن مسألة البحث، فمسألة مانع الزكاة الكلام فيها من باب إضعاف القيمة ومسألتنا ليست كذلك وبيان ذلك ما يلي:-

قال الشيرازي: "وإن منعها بخلاً بها أخذت منه وعزر. وقال في القديم: تؤخذ الزكاة وشطر ماله عقوبة له، لما روى بهز بن حكيم عن أبيه عن جده أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: "**ومن منعها فأنا آخذها وشطر ماله عزمة من عزمات ربنا ليس لآل محمد فيها شئ**". والصحيح هو الأول، لقوله صلى الله عليه وسلم: "**ليس في المال حق سوى الزكاة، ولأنها عبادة فلا يجب بالامتناع عنها أخذ شطر كسائر العبادات**"([3]).

([1]) حاشيتا قليوبي وعميرة على شرح المحلى 205/4.

([2]) نهاية المحتاج للرملي ومعه حاشيتا الرشيدي والشبراملسي 19/8.

([3]) المهذب للشيرازي 140/1. قال النووي في المجموع 332/5: حديث (ليس في المال حق سوى الزكاة). ضعيف جداً لا يعرف. وقال البيهقي في السنن الكبيرة: والذي يرويه أصحابنا في التعاليق "ليس في المال حق سوى الزكاة" لا أحفظ فيه إسناداً.

قال النووي شارحاً عليه:

وهل يؤخذ معها نصف ماله عقوبة له، فيه طريقان – يعني في حكاية مذهب الشافعي: أحدهما القطع بأنه لا يؤخذ وممن صرح بهذا الطريق القاضي أبو الطيب في تعليقه والماوردي والمحاملي في كتبه الثلاثة، والمصنف في التنبيه وآخرون وحكوا الأخذ عن مالك قيل: وليس هو مذهبه أيضا. والطريق الثاني وهو المشهور، وبه قطع المصنف هنا والأكثرون فيه قولان الجديد لا يؤخذ، والقديم يؤخذ. وذكر المصنف دليلهما، واتفق الأصحاب على أن الصحيح أنه لا يؤخذ.

ومما سبق تعلم أن محل القولين إنما هو في مسألة مانع الزكاة هل يعزر بأخذ نصف ماله؟ ولعل هذا يوضح عدم ذكر المتقدمين – ممن تيسر الوقوف على نصوصهم – على طبقة أصحاب الحواشي لذلك في باب التعزير وأقدم من رأيناه صنع ذلك هو الأردبيلي الذي تقدم نقل كلامه وهو من أهل القرن الثامن.

والحاصل هنا: أن جعل القول الجديد في مطلق التعزير يحتاج إلى تأمل وتقصى كما يحتاج الأمر إلى استقراء كلام متقدمي السادة الشافعية استقراء تام خاصة مع نص الأردبيلي رحمه الله السابق. وإنما تنبه على ذلك لما علمته من كلام الشيخ أبي إسحاق الشيرازي رحمه الله من خصوصية الزكاة بكونها عبادة فلا يجب بالامتناع عنها أخذ شطر ماله كسائر العبادات – ومن هنا كان نقل هذين القولين إلى مطلق التعزير بحاجة إلى ما دعونا إليه من التأمل.

أما عن دليل القديم. وهو حديث بهز فقال عنه الشافعي رحمه الله (هذا الحديث- يعني حديث بهز – لا يثبته أهل المعلم بالحديث ولو ثبت لقلنا به).

وعن الربيع عن الشافعي رحمها الله لا تضعف الغرامة على أحد في شئ. إنما العقوبة في الأبدان لا في الأموال – وإنما تركنا تضعيف الغرامة من قبل أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قضى فيما أفسدت ناقة البراء بن عازب أن على أهل الأموال حفظها بالنهار وما أفسدت المواشي بالليل فهو ضامن على أهلها قال: فإنما يضمنونه بالقيمة لا بقيمتين ولكلام الإمام الشافعي رحمه الله تتمة تأتي عند الحديث على أثر

سيدنا عمر بن الخطاب رضي الله عنه في فصل أدلة المجوزين. ومن الواضح أن محل الكلام هنا في تضعيف القيمة.

وأجابوا هم والشافعي والبيهقي في معرفة السنن عن حديث بهز أنه منسوخ. وأنه كان حين كانت العقوبة بالمال كما ذكره المصنف. وهذا الجواب ضعيف لوجهين أحدهما أن ما ادعوه من كون العقوبة كانت بالأموال في أول الإسلام ليس بثابت ولا معروف. والثاني: أن النسخ يصار إليه إذا علم التاريخ وليس هنا علم بذلك. والجواب الصحيح تضعيف الحديث"([1]) قال الشافعي: "هذا الحديث – يعني حديث بهز لا يثبته أهل العلم بالحديث ولو ثبت لقلنا به"([2]).

وقال النووي رحمه الله في الروضة (النسخ يحتاج إلى دليل ولا قدرة لهم عليه هنا.

ونقل في التلخيص عن النووي رحمه الله أيضاً قوله (الذي ادعوه من كون العقوبات بالأموال في ابتداء الإسلام ليس بثابت ولا معروف ودعوى النسخ غير مقبولة مع الجهل بالتاريخ.

ومقتضى كلام النووي رحمه الله – أو هكذا فهمته– أن العقوبة بالمال بتضعيف الغرامة كانت محرمة مطلقا من أول الإسلام ولم تكن قط مباحة فتأمله.

ثم قال النووي: في ذكر خلاف العلماء في المسألة: "مذهبنا أنه تؤخذ منه الزكاة، ولا يؤخذ شطر ماله وبه قال مالك وأبو حنيفة. قال العبدري: "وبه قال أكثر العلماء. وقال أحمد: "تؤخذ منه الزكاة ونصف ماله عقوبة له وهو قول قديم لنا كما سبق"([3]).

ومما يحتاج إلى تأمل التعليل الذي دلل به الشيرازي على المنع حيث قال: "لأنها – أي الزكاة– عبادة فلا يجب بالامتناع عنها أخذ شطر ماله كسائر

([1]) المجموع للنووي (334/5).

([2]) المجموع للنووي (332/5).

([3]) المجموع للنووي (336/5-337).

العبادات"، فلا بد من التوقف طويلاً أمام هذا التعليل قبل أن نقيس على الزكاة غيرها من الحقوق المالية كقضاء الديون.

ومن الجدير بالملاحظة هنا أن الحديث عن كونه الغرامة قيمة واحدة لا قيمتين فأثبت الشافعي رضي الله عنه الغرامة بالقيمة في المسألة المذكورة. فمحل هذا الكلام والفرق بينه وبين مسألة البحث واضح.

وقال ابن الأثير "الأصل أن لا واجب على متلف الشئ أكثر من مثله. وقد قيل إنه كان في صدر الإسلام تقع العقوبات في الأموال ثم نسخ وكان عمر بن الخطاب رضي الله عنه يحكم به وإليه ذهب أحمد بن حنبل وخالفه عامة الفقهاء. وقد تنازع العلماء في دعوى النسخ في الباب فممن ذهب إلى النسخ ابن رشد وسيأتي نقل كلامه في بيان مذهب السادة المالكية رضي الله عنه ومنهم أيضاً الطحاوي رحمه الله فتقل عنه الأخميمي قوله: إنه لو صح – يعني حديث ابن عمر في تحريق متاع الغال – يحمل على أنه كان إذ كانت العقوبات بالأموال كأخذ شطر المال من مانع الزكاة وضالة الإبل وسارق التمر وكل ذلك منسوخ. وقال الطحاوي رحمه الله أيضا (فأما ما في حديث سعد من إباحة سلب الذي يصيد صيد المدينة فإن ذلك كان في وقت ما كانت العقوبات التي تجب في الأموال وله نظائر كثيرة ثم نسخ ذلك في وقت نسخ الربويات فردت الأشياء المأخوذة إلى أمثالها إن كان لها أمثال وإلى قيمتها إن كان لا مثل لها وجعلت في انتهاك الحرمة في الأبدان لا في الأموال.

وقال الأخميمي رحمه الله (وما ذكرنا. من النسخ، والإجماع ذهب إليه أئمة من العلماء من الحنفية والشافعي في الجديد والمالكية) ثم أخذ في نقل نصوصهم مما سبق وذكرنا كثير منه.

وقال الأخميمي رحمه الله أيضا (فإن قلت: قد قدمت عن الأئمة أن جميع ما ورد فيه العقوبة بالمال منسوخ ولم يبين الناسخ فأي ناسخ له؟ قلت – القائل الأخميمي- إلا بحث لنا فيه، لأنهم أمناء على الشريعة وصلنا الدين منهم فلا يسألون وإلا لزم أن كل مسألة نبحث فيها عن الدليل وإن عورض نبحث عن ناسخه.

على أن نقلهم الإجماع حجة يجب علينا اتباعه.. على أنه ربما يقال: إن ابن الشماع أشار إلى الناسخ في رده على البرزلي حيث قال: كأن لم يقرع نهي الله عن أكل المال بالباطل الاسماع... كأن الرسول صلى الله عليه وسلم ما عظم تحريم ذلك بحضر الإشهاد في حجة الوداع. قال الأخميمي: يشير إلى حديث: "إنما دماؤكم وأموالكم وأعراضكم عليكم حرام" الحديث وهو فيما نعلم متأخر عن الآثار المتقدمة.

ومن الواضح أن هذا الجواب من الأخميمي عليه من الاعتراض ما لا يخفى.

ومما هو جدير بالذكر قبل الانتقال إلى مذهب المالكية أن الشافعي قال: "لا تضعف الغرامة على أحد في شئ إنما العقوبة في الأبدان لا في الأموال". وستأتي بتمامها عند مذهب عمر في المسألة.

-2-

مذهب المالكية

قال الدكتور البوطي: "لم يقع خلاف عند المالكية في أنه لا يجوز التعزير بأخذ المال. وعباراتهم في بيان هذا الحكم أصح وأقطع من عبارات غيرهم من علماء المذاهب الأخرى([1]).

1-قال الدسوقي: في حاشيته علي الكبير: "ولايجوز التعزير بأخذ المال إجماعاً. وما روى عن الإمام أبي يوسف فمعناه كما قال البنزازي"([2]) وسيأتي بيانه عند عرض مذهب الحنفية.

2-وقال الوتشريسي أيضا – فيما نقله عنه الأخميمي (أما مسألة العقوبة بالمال فقد نص العلماء على أنها لا تجوز بحال وفتوى البرزلي بتحليل المغرم الملقب بالخطايا لم يزل الشيوخ يعدونها من الخطأ ويقبضون عن متابعتها الخطا).

([1]) البوطي – مصدر سابق – ص154.

([2]) حاشية الدسوقي (315/4).

3-وقال البناني رحمه الله: لا قائل بالعقوبة بالمال في المذهب أصلاً وقال الأخميمي رحمه الله: ليس في مذهب مالك قول بجواز العقوبة بالمال إلى عصر البرزلي في أوائل القرن التاسع فيما عملت.

وقد أفتى بها هو وخطأه المعاصرون له وعدوه خارقا للإجماع وكانت سرت له هذه البدعة في المذهب من كتب ابن القيم وشيخه ولم تزل الشيوخ من بعدهم يعدونها من الخطأ كما نص عليه البناني وغيرها.

وادعى ابن رشد قبله الإجماع على ذلك قال في البيان: لأن العقوبات في الأموال أمر كان في أول الإسلام.... ثم نسخ ذلك كله بالإجماع على أن ذلك لا يجب. وعادت العقوبات في الأبدان([1]).

وفيه أمور: **أولها**: دعوى أن العقوبات في الأموال أمر كان في أول الإسلام، وقد سبق في كلام النووي أن هذا ليس بثابت ولا معروف.

ثانيها: دعواه النسخ رد عليه النووي أيضا كما سبق بل قال في الروضة (النسخ يحتاج إلى دليل، ولا قدرة لهم عليه هنا)([2]).

ثالثها قوله: نسخ ذلك كله بالإجماع فيه دعوى النسخ بالإجماع والإجماع لا ينسخ به عند الجمهور كما هو مقرر في الأصول([3]).

رابعها: دعواه الإجماع منتقض بما صح عن عمر بن الخطاب وما روى عن الإمام أحمد مما سيأتي. (على أن بعض المالكية نسب إليهم القول بجواز التعزير بأخذ المال فقد قال العدوى رحمه الله (ويكون التعزير بالمال كأخذ أجرة العون (أي أعوان القاضي) من المطلوب الظالم، وبالإخراج عن الملك كتعزير الفاسق ببيع داره([4]).

([1]) البيان والتحصيل 297/16 – ط دار الغرب الإسلامي 1986م.

([2]) روضة الطالبين للنووي، (209/2).

([3]) المستصفى (126/1). (مط الأميرية 1325هـ). والمنهاج للبيضاوي بشرح الإبهاج للسبكي (253/2). (دار الكتب العلمية ط1-1404هـ - 1984م)، (البحر المحيط للزركشي 128/4 – ط الكويت). إرشاد الفحول للشوكاني، ص192 (ط الحلبي – دت).

([4]) حاشية العدوي علي الخرشي ج110/8.

وما قاله العدوي مأخوذ من ابن العطار رحمه الله الذي قال في وثائقه: "في إجارة أعوان القاضي إذا لم يكن بيت مال على الطالب فإن أدى المطلوب كان إجارة الأعوان عليه.

ومال إليه ابن رشد ورده ابن النجار القرطبي، وقال: "إن ذلك من باب العقوبة في المال وذلك لا يجوز على حال"([1]).

4-وقال القرافي، التعزير يختلف باختلاف الأعصار والأمصار، فرب تعذير في بلد يكون إكراما في بلد آخر. والتعزير لا يختص بفعل معين ولا بقول معين.

5-قال الونشريسي: "قال بعض الشيوخ التعزيرات اجتهادية بقدر الفعل والفاعل ووجه الفعل"([2]).

6-كما أفتى الشيخ محمد العربي الفاسي رحمه الله بجوازها في بعض الصور، فقد "سئل عن حال القبائل في الزمان الذي لا سلطان فيه، أن من قطع منهم طريقا، أو نهب مالا مثلا لا يمكن زجره إلا بالعقوبة المالية، ومن رام غير ذلك من العقوبة في البدن تعرض لوقوع ما هو أنكر وأعظم.

فأجاب -يعني الشيخ محمد العربي الفاسي رحمه الله-: إغرام أهل الجنايات ما يكون زجرا لهم من باب العقوبة بالمال، والمعروف عدم جوازها. وأفتى بجوازها الشيخ أبو القاسم البرزلي، وأملى في ذلك تأليفا، ورد عليه عصريه وبلديه الشيخ أبو العباس ابن الشماع خطأ فيه من يقع بالجواز. إلا أن كلام ابن الشماع مفروض مع وجود الإمام، والنازلة المسؤول عنها مفروضة مع عدمه، وعدم التمكن من إقامة الحدود الشرعية، وحينئذ إما أن يهمل الناس؛ فلا ينزجرون عن موجبات الحدود، وعظم المفسدة في ذلك يغنى عنه العيان عن البيان. وإما أن يزجرهم من له نوع قدرة

([1]) الاعتصام للشاطبي 360/2. ط1 دار الكتب العلمية – 1408هـ - 1988م، والظروف المشددة والمخففة في عقوبة التعزير في الفقه الإسلامي، الدكتور ناصر علي ناصر الخليفي. مط المدني – نشر المؤلف – ط1 – 1412هـ - 1992م.

([2]) المعيار المعرب، 416/2، نشر وزارة الأوقاف المغربية.

على نوع من الزجر، وذلك هو الجاري على المعروف من الشريعة من تأكيد درء المفاسد، والإتيان من الأمر بالمستطاع. والمألوف في الشرع: هو العقوبة البدنية، والواقع الآن بالمشاهدة أن القبائل التي لا تنالها أحكام السلطان لا تمكن فيهم العقوبة بالأبدان؛ لأنهم لا يذعنون لمن رام ذلك منهم. ووقع القطع بأن إرادة تنفيذ ذلك موقع فيما هو أدهى وأمر من الفتنة والفساد. وقد قال العلماء: لا يغير المنكر إذا لم يؤمن من أن يؤدي إنكاره إلى أنكر منه. والمشاهد في الوقت أن القبائل بعيدة عن تنفيذ الزواجر فيها على الوجه الشرعي ونهيهم دون زجر لا يؤثر، ثم إن القبيلة قد يتصدى أهل الرأي منهم لتغيير المنكر وغاية ما تصل إليه قدرتهم في زجر أهل الفساد ما ألفوه من العقوبة المالية، فإن ترك ذلك وهو غاية المقدور: وأن ذلك أدى إلى استيلاء الفساد المحظور، وإن فعل كان عقوبة بالمال، والأقرب في ذلك أن يقال: العقوبة المالية قسمان:

1-إتلاف ما وقعت به المعصية.

2-وأخذ مالا تعلق له بالجنايات.

فالقسم الأول: عقوبة في المال، قال الشاطبي: وهي ثابتة عند مالك. والثاني: عقوبة بالمال، وهو ممنوعة، ولكنها في هذا الزمان محل الضرورة، وفعلها عام المصلحة كما أن تركها عام المفسدة، والضرر الحاصل للمعاقب بها أصغر من الضرر الحاصل للناس عامة بتركها، كما أن المصلحة الحاصلة للناس بفعلها أكبر من المصلحة الحاصلة للجاني، وهذا يعتمد على قواعد معروفة في الشريعة كلها تقتضى الجواز. وقد رأيت – الرائى الشيخ العربي رحمه الله- فيما نسب لأبي جعفر الداودي جوابا أفتى به بجواز العقوبة بالمال، فإن صحت نسبة الجواب له فهو محمول على اعتبار تعذر الحكم بغيرها كما في زماننا هذا".

وفي ميارة على الزقاقية: "حاصل ما عند ابن الشماع منع العقوبة بالمال، وتخطئة من يقول بجوازها، إلا أن كلام البرزلي ومن رد عليه هو –والله أعلم- مفروض مع وجود الإمام، وتمكنه من إقامة الحدود، وإجراء الأحكام الشرعية، ولا شك أن

العدول عنها إلى غيرها حينئذ مع إمكانها تبديل للأحكام، وحكم بغير ما أنزل الله الموصوف فاعله بالظلم والفسق. وأما مع عدم الإمام، وعدم التمكن من إقامة الحدود، وإجراء الأحكام على أصلها فذاك -والله أعلم- أولى من الإهمال، وعدم الزجر، وترك القوى يأكل الضعيف فعظم المفسدة في ذلك يغني فيه العيان عن البيان، وذلك مفض لخراب العمران، وهدم البنيان بل إذا تعذر إقامة الحدود ولم تبلغها الاستطاعة، وكان التعزير يحتاج إلى إيقاع الزواجر، وكانت الاستطاعة تبلغ إلى إيقاع تعزير يزدجر به: تنزلت أسباب الحدود منزلة أسباب التعزير، أي فيجرى منها ما هو معلوم في التعزير، وليس المراد أن الحد يسقط بذلك، ولكن ذلك غاية ما تصله الاستطاعة في الوقت دفعا للمفسدة ما أمكن، فإن أمكن بعد ذلك إقامة الحد أقيم إن اقتضت الشريعة إقامته، والظالم أحق أن يحمل عليه".

وقد تعقبه الأخميمي رحمه الله -والذي يرى منع العقوبة بالمال مطلقا- فقال: "عموم النهي عن أكل مال الغير الواقع في الكتاب والسنة... يرد الفتاوى المذكورة، وكوننا ندعى أن الفتاوى مخصصة لعموم النهي الواقع فيهما يحتاج إلى نقل من الأئمة، كما أننا ندعى تخصصيها لآيات الحدود يحتاج إلى نقل أيضا... وقال: الجواز فيها للضرورة في وقت دون آخر كما يقتضيه صريح الفتاوى المذكورة من منع العقوبة بالمال إلا في وقت الضرورة... فتمسك المجيز بها على جواز العقوبة مطلقا خطأ ... قال: والتعاليل التي ذكرن فيها -يعني في الفتاوى- مدفوعة بأن ذلك من باب دفع المظالم بالمظالم، وهو لا يجوز. وإن كان فيه سلطان لهم فالواجب عليه إقامة الحدود، ولو أدى إلى خراب ديارهم وإتلاف عمرانهم حتى يدخلوا في طاعته؛ لأنهم بغاة... وترك إقامة الحدود المنبني على تعاليلهم في الفتاوى مدفوع بأن ذلك يجر إلى تعطيل الشريعة ودثورها، ولكن أنت خبير بأن مثل هذه الفتاوى يأباها مذهب مالك المبنى على سد الذريعة، لأنها تخالف المنقول من رواية مالك والإجماع والنصوص، ثم أخذ في نقل نصوص أهل المذهب بما يخالف الفتاوى المتقدمة".

ومن مهمات ما قاله أهل المذهب رضي الله عنه في ثنايا ما نقله عنهم:

-إن ما ذكر من العقوبة بالمال هو افتئات وتقدم على الله ورسوله بمجرد الشهوة، والمصلحة إنما هي فيما شرعه الله لعباده، وقد قال الله تعالى: {**فَلْيَحْذَرِ الَّذِينَ يُخَالِفُونَ عَنْ أَمْرِهِ أَنْ تُصِيبَهُمْ فِتْنَةٌ أَوْ يُصِيبَهُمْ عَذَابٌ أَلِيمٌ**}([1])، ومن لا تصلحه السنة لا تصلحه البدعة.

-فتح هذا الباب والقول به يجر إلى تعطيل الشرائع ودثورها والرجوع إلى قوانين وسياسات كسياسات كسرى وقيصر.

-ومن لطيف ما نقله قول البناني رحمه الله: "اللهم لا تسامح من نقل مثل هذه الأقوال".

هذا حاصل ما دار بين أئمة المالكية رضي الله عنهم أخذا وردا.

العقوبة بالمال وفي المال عند السادة المالكية رضي الله عنهم:

ومن ناحية أخرى فإن للمالكية رضي الله عنهم فرق هام تفردوا بالتصريح به، وهو الفرق بين العقوبة بالمال، والعقوبة في المال، وهذا الفرق يصلح أن يقدم حلا للمشكلة.

يلوح لنا في ثنايا نصوص السادة المالكية رضي الله عنهم المتقدمة الحديث عن العقوبة بالمال، والعقوبة في المال، فما حقيقة المسألة.

"قال أبو إسحاق الشاطبي: العقوبة المالية عند مالك ضربان: أخذه عقوبة عن الجناية، وإتلاف ما فيه الجناية أو عوضه عقوبة للجاني.

والأول: العقوبة بالمال، ولا مرية فى أنه غير صحيح.

والثاني: العقوبة فيه، وهي ثابتة عنده.

وقال الشيخ محمد العربي الفاسي رحمه الله: العقوبة المالية قسمان:

-إتلاف ما وقعت به المعصية.

-وأخذ ما لا تعلق له بالجناية.

([1]) سورة النور الآية 63.

فالأول: العقوبة في المال، وهي ثابتة عند مالك رحمه الله.

والثاني: عقوبة بالمال، وهي ممنوعة".

ومن المسائل التي جوز فيها السادة المالكية رضي الله عنهم العقوبة في المال، ما نقله الأخميمي رحمه الله عن ابن فرحون رحمه الله قال: والتعزير بالمال قال به المالكية ولهم فيه تفصيل ذكرت منه في كتاب الحسبة طرفا، فمن ذلك:

-سئل مالك عن اللبن المغشوش أيهراق. قال: لا، ولكن أرى أن يتصدق به، وإذا كان هو الذي غشه.

-وقال -يعني مالك- في الزعفران والمسك المغشوش مثل ذلك، وسواء كان ذلك قليلاً أو كثيراً. وخالفه ابن القاسم في الكثير، وقال: يباع المسك والزعفران إلى من لا يغش به، ويتصدق بالثمن أدبا للغاش.

-وأفتى ابن القطان الأندلسي في الملاحف الرديئة النسج بأن تحرق. وأفتى ابن عتاب بتقطيعها والصدقة بها خرقا.

وإذا اشترى عامل القراض من يعتق على رب المال عالما بأنه قريبه فإنه إن كان موسرا عتق العبد، وغرم العامل ثمنه، وحصة رب المال من الربح إن كان في المال يوم الشراء ربح، وولاؤه لرب المال، وذلك لتعديه فيما فعل.

-ومن وطئ أمة له من محارمه مما لا يعتق عليه بالملك؛ فإنه يعاقب، وتباع عليه، وإخراجها عن ملكه كرها من العقوبة بالمال.

-والفاسق إذا آذى جاره، ولم ينته تباع عليه داره، وهو عقوبة في المال والبدن.

-ومن مثل بأمته عتقت عليه، وذلك عقوبة بالمال.

-وقال صاحب كتاب المغارسة: معنى العقوبة بالمال أن من فعل شيئا من الجنايات الموجبة للعقوبة يعاقبه السلطان أو نائبه بأخذ مال قليل أو كثير، وربما رتبوا شيئا على كل جناية، وذلك حرام. ومعنى العقوبة في المال أن يعاقب الجاني في ماله بإتلافه عليه. وفي ذلك تفصيل: إن كان ذلك المال يستعين به على المعصية التي

عوقب عليها لم يجز على المشهور. وإن لم يكن للمال مدخل في المعصية فالذى يظهر من كلامهم أن العقوبة لا تجوز باتفاق".

وقال الأخميمي رحمه الله: مقتضى ما نقلناه أولا من النسخ والإجماع أن العقوبة بالمال وفي المال لا تجوز بحال، فتكون كل منهما مرادفة للأخرى.

قال الأخميمي رحمه الله: ابن فرحون لا يقول بجواز العقوبة بالمال أصلا، ومن تأمل كلامه في التبصرة فهم ذلك منها؛ لأنه بعد أن نقل الآثار، وكلام ابن القيم قال: والتعزير بالمال قال به المالكية، ولهم فيه تفصيل.. إلخ فقوله: ولهم فيه تفصيل يشير ابن فرحون إلى العقوبة بالمال وفي المال، فهو يقول بجواز الثانية لا الأولى، ومسائله التي ذكرها شاهدة على ذلك؛ لأنها جزئيات داخلة في تعريف الثانية على أي تعريف من تعريفها المتقدمة، ولا ينطبق عليها تعريف الأولى، ومسائل كل باب تأخذ من تعريفه؛ إذ لو كان يقول بجواز الأولى للزم أن لا يكون لقوله: "وللمالكية فيه تفصيل" معنى؛ لأن الثانية يقول بجوازها من باب أولى. وقد تنبه لذلك العلامة الرباطي بعد نقله مسائل التبصرة ومسائل سيدي العربي الفاسي، قال: وأكثر هذه المسائل أو كلها من العقوبة في المال. ونقل عن البناني والشيخ عليش في هذه المسائل أيضا أنها من باب العقوبة في المال، لا من العقوبة بالمال.

ومما هو جدير بالتأمل أنه ومع القول بالفرق بين العقوبة في المال، والعقوبة بالمال، فالمماطل الموسر إنما ينطبق عليه ضابط العقوبة في المال –وهي المسألة محل البحث– فإن المال الذي يحبسه هو ما وقعت فيه الجناية وعصى به، وهو ضابط العقوبة في المال، والتي يقول بها السادة المالكية رضي الله عنهم. وقد قال الأخميمي: "مسائل كل باب تؤخذ من تعريفه".

فمن الواضح أن المماطل الموسر ينطبق عليه تعريف العقوبة في المال كما تقدم.

ومن جهة أخرى فإن للسادة المالكية رضي الله عنهم حديث هام عن المديان، وكيفية مواجهته، فقد عقد ابن فرحون فصلا للمديان، يمكننا من خلاله أن نرى كيف عالج الفقهاء المالكية هذه المشكلة، ومما قاله في هذا الباب:

-إذا اتهم الحاكم المديان أنه غيب مالا أطال سجنه، وقد روى أنه يؤدب. قال سحنون: فإن قال: أنا فقير. وليس ظاهره كذلك، ويأتي بشهود على أنه فقير إلا أنهم لم يزكوا، فإنه يسجن أبدا حتى تزكى شهوده، ولا يؤخذ منه حميل.

-وروى ابن كنانة عن مالك في الرجل يستعدى على غريمه في دين له عليه: أنه يحبس له بالمعروف، إلا أن يكون معدما لا شئ له.

وروى ابن القاسم عن مالك أنه إذا ثبت عند القاضي اللدد من الغريم؛ فإنه يحبسه، ويؤدبه بالضرب الموجع، وذلك إذا اتهمه أنه خبأ مالا أو غيبه، ويحبسه أبدا حتى يؤدي أو يتبين أنه لا مال له.

وقال مالك في المدونة: لا يحبس في الدين إلا بمقدار ما يستبرئ أمره، فإذا اتهمه بأنه خبأ مالا حبسه، وإلا خلى سبيله.

-وإذا أثبت الطالب مالا للغريم تعينه البينة، حيز عنه-: وقف الغريم على ذلك، فإن أقر بذلك المال أمره الحاكم ببيعه، وقضى دينه، فإن أبى ضيق عليه بالضرب، والسجن حتى يبيع، ولا يبيعه القاضي كبيعه على المفلس؛ لأن المفلس ضرب على يديه (أي حجر عليه) ومنع من ماله، فلذلك بيع عليه، وهذا بخلافه.

-3-

مذهب الحنفية

1-قال صاحب التنوير: "هو تأديب دون الحد، ولا يختص بالضرب بل قد يكون به وقد يكون بالصفع وبفرك الأذن وبالكلام العنيف. وفي البحر الرائق: لم يذكر محمد التعزير بأخذ المال وقد قيل روى عن أبي يوسف أن التعزير بأخذ المال جائز كذا في الظهيرية وأفاد في البزازية أن معنى التعزير بأخذ المال على القول به إمساك شئ من ماله عنه مدة لينزجر... ثم بعيده الحاكم إليه. فإن أيس من توبته

صرفه إلى ما يرى. لا أن يأخذه الحاكم لنفسه أو لبيت المال كما يتوهمه الظلمة، إذ لا يجوز لأحد المسلمين أخذ مال أحد بغير سبب شرعي. وفي المجتبي أنه كان في ابتداء الإسلام ثم نسخ. لكن في الخلاصة سمعت عن ثقة أن التعزير بأخذ المال إن رأى القاضي ذلك أو الوالي جاز.

ومن جملة ذلك رجل لا يحضر الجماعة يجوز تعزيره بأخذ المال. ومختار السرخسي أنه ليس فيه تقدير بل هو مفوض إلى رأي القاضي لأن المقصود منه الزجر. وأحوال الناس مختلفة فتفوض إلى رأي القاضي.

وما في الخلاصة مبني على اختيار من قال بذلك من المشايخ لقول أبي يوسف([1]).

2-قال في الشرنبلالية: "ولا يفتي بهذا لما فيه من تسليط الظلمة على أخذ مال الناس فيأكلونه.

والحاصل أن المذهب عدم التعزير بالمال([2]).

3-"وذكر الطحاوي.... التعزير بأخذ المال إن رأى المصلحة فيه جاز.

([1]) قال في فتح القدير 345/5: وعن أبي يوسف يجوز التعزير للسلطان بأخذ المال. وعندهما وباقي الأئمة لا يجوز اهـ.

قال ابن عابدين (61/4): ومثله في المعراج وظاهره أن ذلك رواية ضعيفة عن أبي يوسف اهـ.

وفي البناية للعيني وتبيين الحقائق للزيلعي والسياق له: "وعن أبي يوسف أن التعزير بأخذ الأموال جائز للإمام".

(البناية على الهداية للعيني 516/5- ط1 دار الفكر – 1400هـ - 1980م. وتبيين الحقائق على كنز الدقائق للزيلعي 208/3 – مط الأميرية الأولى 1313هـ. وشرح العيني على الكنز أيضا 240/1 – مط البهية 1304هـ).

([2]) البحر الرائق شرح كنز الدقائق لابن نجيم 44/5 – مط العلمية – 1310هـ. وفتح القدير لابن الهمام 345/5- ط الحلبي 1970م – حاشية الشرنبلالي على درر الحكام لمنلا خسرو، والمسماة غنية ذوي الأحكام في بغية دور الأحكام. مط أحمد كمال بالأستانة 1330هـ ص. تنوير الأبصار مع شرح الدر المختار وحاشية رد المحتار لابن عابدين 61/4. مجمع الأنهر شرح ملتقى الأبحر لشيخ زاده 617/1. الأستانة مط العثمانية 1327هـ وحاشية الشيخ أحمد الشلبي على تبيين الحقائق 208/3، مط الأميرية الأولى 1313هـ. ورسائل ابن نجيم – الرسالة الثالثة عشر في التعزير ص126.

4-قال مولانا خاتمة المجتهدين مولانا ركن الدين الوانجاني الخوارزمي: "معناه أن يأخذ ماله ويودعه فإن تاب يرده عليه كما عرف في خيول البغاة وسلاحهم وصوبه الإمام ظهير الدين والتمرتاشي"([1]).

5-وقال شيخ الإسلام خير الدين الرملي: "قد تقرر عند العلماء أن التعزير في كل معصية ليس فيها حد مقدر... ويجوز الترقي فيه إلى القتل"([2]).

هذا هو حاصل في كتب الحنفية، والمعتمد من مذهبهم وما أفتى به متأخروهم، وما وقع فيه الخلاف. وبه يعلم ما في قول الدكتور البوطي: "وشأنه عندهم شأن الشافعية"([3]).

ومما ينبغي تأمله علة المنع بأنه لما فيه من تسليط الظلمة على أخذ مال الناس فيأكلونه كما نص عليه في الشرنبلالية.

ويحق لنا أن نتسائل بناء على توجيه المنع بأنه لما فيه من تسليط الظلم: فماذا إذا كان في القول بجوازه منع لتسليط الظلم هل ينعكس الحكم بانعكاس العلة كما في قياس العكس. فالظالم في مسألتنا هو الدافع لا الأخذ.

كما أن القاعدة أن الأحكام تدور مع علتها وجوداً وعدما كما هو مقرر.

ومن ناحية أخرى: فإن تصويرهم للتعزير بأن يؤخذ من ماله ويودع إنما هو من أجل تحقيق علة منع تسليط الظلمة مع علة الزجر بالتعزير وهذه الصورة المذكورة تحقق العلتين.

([1]) الفتاوى الأنقروية 157/1 مط الأميرية 1281هـ.

وواقعات المفتين للشيخ قدري أفندي الحنفي ص مط الأميرية الأولى 1300هـ.

([2]) الفتاوى الخيرية ص89 – ط2 الأميرية 1300هـ.

([3]) البوطي – مرجع سابق – ص153.

-4-

مذهب الحنابلة

قال في المغني: "والتعزير يكون بالضرب والحبس والتوبيخ. ولا يجوز قطع شئ منه ولا أخذ ماله.

وقال في الزكاة: "وإن منعها معتقدا وجوبها وقدر الإمام على أخذها منه أخذها وعذره ولم يأخذ زيادة عليها في قول أكثر أهل العلم"([1]).

وقال في دليل الطالب وشرحه نيل المآرب في التعزير (ويحرم حلق لحيته وقطع طرفه وجرحه وأخذ ماله أو إتلافه).

وقال في الإنصاف: (قال الأصحاب: ولا يجوز قطع شئ منه ولا جرحه ولا أخذ شئ من ماله).

وقال في المنتهى وشرحه البهوتي رحمه الله (ويحرم تعزير بأخذ مال أو إتلافه، لأن الشرع لم يرد بشئ من ذلك عمن يقتدى به).

وقال في الإقناع وشرحه كشاف القناع للشيخ منصور الحنبلي رحمه الله (ولا يجوز قطع شئ منه... ولا أخذ شئ من ماله لأن الشرع لم يرد بشئ من ذلك عن أحد يقتدى به... قال الشيخ: وقد يكون التعزير بالنيل من عرضه، وبإقامته من المجلس. وقال: التعزير بالمال سائغ إتلافا وأخذا). فنص هنا على جوازه.

لكن قال ابن تيمية: "والتعزير بالمال سائغ إتلافاً وأخذا وهو جار على أصل أحمد، لأنه لم يختلف أصحابه أن العقوبات في الأموال غير منسوخة كلها. وقول الشيخ أبي محمد المقدسي، ولا يجوز أخذ مال المعزر فإشارة منه إلى ما يفعله الولاة الظلمة.

بل ونسب إلى أحمد القول بجواز التعزير بأخذ المال فقد قال بعد أن ساق حديث تغريم السارق من الثمر المعلق ومن الماشية قبل أن تأوى إلى المراح مرتين وبعد

([1]) المغني لأبي محمد بن قدامة المقدسي، 159/9، 477/2: نشر رئاسة إدارة البحوث الرياض – 1401 / 1981.

أن ساق تضعيف عمر الغرم في الضالة المكتومة: وبذلك كله قال طائفة من العلماء مثل أحمد وغيره([1]).

وقال ابن القيم – بعد أن نقل المسائل التي تقدم ذكرها في كلام ابن فرحون-: وأكثر هذه المسائل شائعة في مذهب أحمد رضي الله عنه وبعضها شائع في مذهب المالك رضي الله عنه. ومن قال: إن العقوبة الملائمة منسوخة فقد غلط على الأئمة نقلا واستدلالا، وليس بمسلم دعواه نسخها، وفعل الخلفاء الراشدين وأكابر الصحابة رضي الله عنهم لها بعد موته صلى الله عليه وسلم مبطل لدعوى نسخها والمدعون للنسخ ليس معهم كتاب، ولا سنة ولا إجماع يصحح دعواهم إلا أن يقول أحدهم: مذهب أصحابنا لا يجوز.. فمذهب أصحابه عنده عيار على القبول والرد.

ورد عليه الأخميمي رحمه الله بقوله: وقوله (وأكثر هذه المسائل يعني التي تقدم عليها النقول شائعة في مذهب الإمام أحمد) دعوة غير مسلمة على مذهبه والمنقول عنه –يعني الإمام أحمد– منع العقوبة بالمال، ولم يقل بها عندهم إلا شيخه ابن تيمية. ثم أخذ في نقل نصوص الحنابلة التي تصرح بالمنع على ما تقدم.

-5-

رأي ابن تيمية وابن القيم

والملاحظ أن ابن تيمية وابن القيم رحمهما الله انتصرا للقول بجواز التعزير بالمال بجميع صوره([2]).

وقال أبو يعلي الفراء الحنبلي: "وأما التعزير فهو تأديب على ذنوب لم تشرع فيها الحدود ويختلف حكمه باختلاف حاله، وأحوال فاعله، ثم قال فإن سرق من حرز مثله أقل من نصاب أو سرق نصابا من غير حرز غرم مثليه وقد نص على ذلك في سرقة الثمار المعلقة.

([1]) الاختيارات العلمية ملحق بالفتاوى الكبرى لابن تيمية 601/4 دار المعرفة بيروت ومجموع الفتاوى الكبرى لابن تيمية. نشر مكتبة المعارف بالرباط – 119/28.

([2]) الظروف المشددة والمخففة في عقوبة التعزير – مصدر سابق – ص195.

وقال أيضا في رواية ابن منصور في الضالة المكتومة "إذا أزلت عنه القطع فعليه غرامة مثلها"([1]). وقال ابن تيمية: "وليس في أقل التعزير حد بل هو بكل ما فيه إيلام الإنسان من قول وفعل وترك قول وترك فعل"([2]).

أدلة الجوار: وأقوى ما استدل به حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده: أنه سئل عن الثمر المعلق فقال: من أصاب بفيه من ذى حاجة غير متخذ خبنة فلا شئ عليه. ومن خرج بشئ منه فعليه غرامة مثله والعقوبة، ومن سرق منه شيئاً بعد أن يؤويه الجرين فبلغ ثمن المجن فعليه القطع. ومن سرق دون ذلك فعليه غرامة مثليه والعقوبة"([3]).

وأجاب الشوكاني عليه بأنه وارد على سبب خاص فلا يجوز بها إلى غيره لأنه وسائل أحاديث الباب مما ورد على خلاف القياس لو ورد الأدلة كتابا وسنة بتحريم مال الغير.

وعن عمير مولى أبي اللحم رضي الله عنه قال: أقبلت مع سادتي نريد الهجرة حتى أن دنونا من المدينة فدخلوا المدينة وخلفوني في ظهرهم فأصابني مجاعة شديدة. قال: فمر بي بعض من يخرج من المدينة. فقالوا لي: لو دخلت المدينة، فأصبت من ثمر حوائطها فدخلت حائطاً فقطعت منه قنوين، فأتاني صاحب الحائط، فأتى بي إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم وأخبره خبري، وعلى ثوبان. فقال: أيهما أفضل فأشرت إلى أحدهما. فقال: خذه، وأعطى صاحب الحائط الآخر. وخلى سبيلي.

([1]) الأحكام السلطانية للفراء 281 : 279 – ط2 الحلبي 1966/1386.

([2]) السياسة الشرعية ص120 – دار الكتاب العربي – ط2 – 1951م.

([3]) أخرجه أبو داود، والنسائي واللفظ لهما والترمذي، وابن ماجه، وأحمد بألفاظ مختلفة وفي رواية للنسائي " ولا تقطع في حريسة الجبل، فإذا أضمها المراح قطعت في ثمن المجن"، وفي أخرى له "وليس في شئ من الماشية قطع إلا فيما آواه المراح فبلغ ثمن المجن". (راجع جامع الأصول 318/4 – 319)، وقد ذهب الدكتور البوطي (160/4 – 162) إلى أن هذا الحديث شاذ، تفرد به عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده، مخالفاً للثقات الذين رووا ما يخالفه كحديث "على اليد ما أخذت حتى تؤدي" أخرجه الأربعة. وحديث "ولا يحل لأحد أن يأخذ مال أخيه لاعبا ولا جادا فإن أخذه فليرده عليه". أخرجه أبو داود والترمذي.

وعن بهز بن حكيم عن أبيه عن جده رضي الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: "**في كل إبل سائمة في كل أربعين ابنه لبون لا تفرق إبل عن حسابها. من أعطاها مؤتجرا فله أجره، ومن منعها فأنا أخذوها وشطر ماله، عزمه من عزمات ربنا ليس لآل محمد فيها شئ**".

وقد تقدم الكلام عليه عند بيان مذهب الشافعية حيث استدل به الشافعي في القديم.

وقد روى عنه صلى الله عليه وسلم في حريسة الجبل أن فيها غرم مثليها وجلدات نكال. وإباحته صلى الله عليه وسلم سلب الذي يصطاد في حرم المدينة لمن وجده.

واقتصر الأخميمي رحمه الله على نقل مذاهب العلماء في عدم العمل بهذا الحديث دون أن يذكر مبررا مقبولا لتركه، ثم نقل عن القاضي عياض رحمه الله قوله: "ولم يقل بحديث السلب بعد الصحابة إلا الشافعي رحمه الله في القديم. وخالفه أئمة الأمصار".

قال النووي رحمه الله: "ولا يضره مخالفتهم إذا كانت السنة معه. وهذا القول القديم هو المختار؛ لثبوت الحديث فيه، عمل الصحابة رضي الله عنهم على وفقه، لم يثبت له دافع... وفي مصرف السلب ثلاثة أوجه لأصحابنا –يعني الشافعية رضي الله عنهم– أصحها أنه للسالب وهو الموافق لحديث سعد... إذا سلب أخذ جميع ما عليه إلا سائر العورة".

وقال ابن حجر رحمه الله: "وادعى بعض الحنفية الإجماع على ترك الأخذ بحديث السلب... ودعوى الإجماع ممنوعة".

ومنها أمره – بتحريق متاع الذي غل من الغنيمة، فعن صالح بن محمد بن زائدة قال: دخلت مع مسلمة أرض الروم فأتى برجل قد غل، فسأل سالما عن ذلك، فقال: إني سمعت أبي يحدث عن أبيه عمر رضي الله عنهم أن رسول الله صلى الله

عليه وسلم قال: من غل فأحرقوا متاعه واضربوه. قال: فوجدنا في متاعه مصحفا، فسأل سالما عنه، فقال: بعوه، وتصدقوا بثمنه.

قال الخطابي: لا أعلم خلافا بين العلماء في تأديب الغال في بدنه بما يراه الإمام. وإما إحراق متاعه: فقد اختلف فيه العلماء، فمنهم من قال به، ومنهم من لم يقل به، وإليه ذهب الأكثرون، ويكون الأمر بالإحراق على سبيل الزجر والوعيد لا الوجوب.

قال النووي رحمه الله في شرح مسلم: "واختلفوا في عقوبة الغال. فقال جمهور العلماء يعزر على حسب ما يراه الإمام، ولا يحرق متاعه، وهذا قول مالك والشافعي وأبي حنيفة، ومن لا يحصى من الصحابة والتابعين، ومن بعدهم. وقال مكحول والحسن والأوزاعي: يحرق رحله ومتاعه كله. قال الأوزاعي: إلا سلاحه وثيابه. وقال الحسن: إلا الحيوان والمصحف. واحتجوا بهذا الحديث. قال الجمهور: وهذا حديث ضعيف؛ لأنه مما انفرد به صالح بن محمد عن سالم، وهو ضعيف".

ونقل القسطلاني عن البخاري رحمهما الله في تاريخه قال: "باطل ليس له أصل، وروايه لا يعتمد عليه". وقال الدارقطني رحمه الله: "أنكروا هذا الحديث على صالح بن محمد. قال: وهذا الحديث لم يتابع عليه، ولا أصل لهذا الحديث عن رسول الله صلى الله عليه وسلم، والمحفوظ أن سالما أمر بذلك".

ومنها أمره صلى الله عليه وسلم بكسر دنان الخمر، وشق ظروفها. فأخرج الترمذي رحمه الله عن أبي طلحة رضي الله عنه قال: "يا نبي الله اشتريت خمرا لأيتام في حجرى. قال: أهرق الخمر، وكسر الدنان".

وأخرج أحمد رحمه الله عن ابن عمر رضي الله عنه قال: "أمرني رسول الله أن آتيه بالمدينة –وهي الشفرة– فأتيته بها، فأرسل بها، فأهرقت، فأعطانيها، وقال: اغد على بها. ففعلت، فخرج بأصحابه إلى أسواق المدينة، وفيها زقاق خمر، قد جلبت من الشام، فأخذ المدينة، فشق ما كان في تلك الزقاق بحضرته، ثم أعطانيها، وأمر

أصحابه الذين كانوا معه أنيمضوا معى، وأن يعاونوني، فأمرني أن آتى الأسواق كلها، فلا أجد زقا فيه خمرا إلا شققته".

وللمانع أن يقول: يعارض هذين الحديثين ما رواه مسلم رحمه الله عن ابن عباس رضي الله عنه: "أن رجلا أهدى لرسول الله صلى الله عليه وسلم راوية خمر فقال له رسول الله صلى الله عليه وسلم: هل علمت أن الله قد حرمها. قال: لا. فسار إنسانا. فقال له رسول الله صلى الله عليه وسلم: بم ساررته فقال: أمرته ببيعها فقال: إن الذي حرم شربها حرم بيعها. قال: ففتح المزداة حتى ذهب ما فيها".

ويجاب: بأنه يمكن الجمع بينها بأنه لا تشق ولا تكسر بل يراق ما فيها، إلا ما غاصت فيه النجاسة وتتخللت أجزائه، ولم يمكن تطهيره؛ قال ابن حجر رحمه الله: المعتمد التفصيل فإن كانت الأوعية بحيث يراق ما فيها، وإذا غسلت طهرت، وانتفع بها لم يجز إتلافها، وإلا جاز.

وللمجيز أن يقول: ما قيل في الجمع بأنه ما أمر بكسره وشقه حمل على أنه لا يمكن تطهيره مجرد احتمال لا دليل عليه. وأيضا: فإن ترك الاستفصال في حكاية الحال مع قيام الاحتمال منزل منزلة العموم في المقال، كما تقرر في علم الأصول، ولم يستفصل النبي صلى الله عليه وسلم من أبي طلحة رضي الله عنه عن نوع الآنية، بل أمر بكسرها دون استفصال، فينزل الأمر منزلة العموم.

وللمجيز أن يقول أيضا: إن حديث أبي طلحة رضي الله عنه قولى، وحديث ابن عمر رضي الله عنه فعلى، وهما متعاضدان على الإتلاف بالشق أو الكسر، وكلا الدلالتين – القولية ولفعلية – أقوى من دلالة الإقرار التي في حديث ابن عباس رضي الله عنه على الإهراق دون إتلاف، حتى إن القاضي الباقلاني رحمه الله ذهب إلى أن التقرير لا عموم لأنه لا صيغة له تعم، وإن كان المعتمد أنه يعم كما تقرر في الأصول، فكيف إذا كانا في جانب والإقرار في جانب وقد قرروا أن القولى والفعلي معا يقدما على القولى وحده إذا تعارضا، فكيف بالتقرير.

وهذه الاعتراضات والأجوبة إنما تجرى على الحكم بالشق أو عدمه، كما هو ظاهر.

أما علة الشق إن قيل به فقال الأخميمي – بعد أن نقل مذاهب الأئمة في آنية الخمر -: "فتبين من تحرير ما نقلته عن الأئمة أن الكسر والشق إن ثبت فعلته النجاسة لا العقوبة بالمال".

وللمجيز أن يقول: هذه العلة مستنبطة، لا نص للشارع، فهي محل اجتهاد، فلنا أن نقول إن العلة التعزير، استدلالا بظاهر الأحاديث، فإنه لا معنى لعموم الشق مع عدم الاستفصال عما يقبل التطهير مما لا يقبله -: إلا كون الشق للتعزير. كما أنه لا مانع أن يعلل الحكم بأكثر من علة؛ لأن العلل الشرعية معرفات للحكم، لا مؤثرات فجاز تعددها، كما تقرر في الأصول.

-ومنها أمره صلى الله عليه وسلم لعبد الله بن عمر رضي الله عنه بتحريق الثوبين المعصفرين:

فأخرج مسلم رحمه الله عن ابن عمر رضي الله عنه قال: "رأى النبي صلى الله عليه وسلم على ثوبين معصفرين فقال: أمك أمرتك بهذا. قلت: أغسلهما. قال صلى الله عليه وسلم: بل احرقهما".

والمراد بالإحراق هنا المبالغة في الزجر والنكير دون حقيقة الحرق، على ما قرره الأخميمي رحمه الله، ونقل عن الآبى رحمه الله قوله: لفظ الإحراق مبالغة في النكير، ويدل على هذا أن عبد الله بن عمر رضي الله عنه أحرقهما ثم لما أتى النبي صلى الله عليه وسلم قال: "ما فعلت يا عبد الله. فأخبره. فقال له: أفلا كسوتهما بعض أهلك". قال الأخميمي رحمه الله: ويؤيده ما رواه أحمد وأبو داود وابن ماجه رحمهم الله من حديث عمرو ابن شعيب عن أبيه عن جده رضي الله عنه قال: "أقبلنا مع رسول الله صلى الله عليه وسلم من ثنية فالتفت إليّ، وعليّ ريطة مضرجة بالعصفر. فقال: ما هذا. فعرفت ما كره، فأتيت أهلي وهم يسجرون تنورهم، فقذفتها فيه، ثم أتيته من الغد. فقال: يا عبد الله، ما فعلت الريطة. فأخبرته. فقال: ألا كسوتها بعض أهلك".

قال الأخميمي رحمه الله: على أن رواية الطحاوي بسنده عن أنس بن مالك قال: "جاء رجل إلى النبي صلى الله عليه وسلم وعليه ثوب معصفر. فقال له: لو أن ثوبك هذا كان في تنور لكان خيرا لك. فذهب الرجل فجعله تحت القدر أو في التنور. فأتى النبي صلى الله عليه وسلم. قال: ما فعل ثوبك؟ قال: صنعت به ما أمرتني فقال له رسول الله صلى الله عليه وسلم: ما بهذا أمرتك، أولا ألقيته على بعض نسائك".

قال مقيده عفا الله عنه: فتعين على هذا صرف الأمر بالإحراق عن حقيقته، وعليه فالصواب أنه لا دليل في هذا الحديث على الغرامة بالمال.

-ومنها أمره صلى الله عليه وسلم يوم خيبر بكسر القدور التي طبخ فيها لحم الحمر الأهلية، ثم استأذنوه في غسلها فأذن لهم، فدل على جواز الأمرين؛ لأن العقوبة بالكسر لم تكن واجبة.

وفي رواية: "أن النبي قال أهريقوها واكسروها فقال رجل: يا رسول أو نهريقها ونغسلها. قال: أو ذاك".

قال النووي رحمه الله: "وأما أمره صلى الله عليه وسلم أولا بكسرها فيحتمل أنه كان بوحى أو باجتهاد ثم نسخ، وتعين الغسل، ولا يجوز الكسر".

قال مقيده عفا الله عنه: ينظر هل يساعده اللفظ على قوله تعين الغسل، فإن أو للتخيير، وقد قال الآبي: أو ذاك، الأظهر أنه للنخيير في أحد الأمرين".

-ومنها هدمه صلى الله عليه وسلم مسجد ضرار.

وأجاب الشوكاني رحمه الله أنه من باب سد ذرائع الفساد.

وللمجوزين أن يقولوا: إن هذا الجواب في غير محل الخلاف، لأن سد ذريعة الفساد هو علة العقوبة بالهدم في هذا، ونحن نوافق عليه، والكلام في غيره، إنما هو في العقوبة نفسها وهي المعلول، والعلة غير المعلول، كما هو مقرر. فما المانع أن تكون العقوبة بالمال لسد ذريعة الفساد، فلم يحصل من جواب الشوكاني شئ.

-ومنها إضعاف القيمة على كاتم الضالة، فعن أبي هريرة رضي الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال في ضالة الإبل المكتومة: "غرمتها، ومثلها معها".

قال المنذري شارحا عليه: "وكان عمر رضي الله عنه يحكم فيمن كتم ضالة الإبل، ولم يعرفها، ولم يشهد عليها بما يقتضيه هذا الحديث، وإليه ذهب أحمد بن حنبل".

وأجاب الشوكاني رحمه الله عليه بأنه وارد على سبب خاص فلا يجاوز بها إلى غيره؛ لأنه وسائر أحاديث الباب مما ورد على خلاف القياس لورود الأدلة كتابا وسنة بتحريم مال الغير. وسيأتي مناقشة ذلك الجواب في الباب الرابع.

-ومنها أمره صلى الله عليه وسلم لابس خاتم الذهب بطرحه فطرحه فلم يعرض أحد.

ورواية مسلم عن ابن عباس رضي الله عنه: "أن رسول الله صلى الله عليه وسلم رأى خاتما من ذهب في يد رجل فنزعه فطرحه. وقال: يعمد أحدكم إلى جمرة من نار فيجعلها في يده. فقيل للرجل بعد ما ذهب النبي صلى الله عليه وسلم: خذ خاتمك انتفع به. قال: لا والله لا آخذه أبدا. وقد طرحه رسول الله صلى الله عليه وسلم". قال الآبي: "قول صاحبه لا آخذه مبالغة في اجتناب المنهي؛ إذ لو أخذه لجاز، ولكن تركه ورعا لمن يأخذه من الضعفاء؛ لأنه إنما نهاه عن لبسه خاصة، لا عن التصرف فيه بغير اللبس".

قال مقيده عفا الله عنه: بناء على رواية مسلم فلا دليل في هذا الحديث أيضا على العقوبة بالمال.

-ومنها أمره صلى الله عليه وسلم بقطع نخيل اليهود إغاظة لهم.

وفي ذلك نزلت {**مَا قَطَعْتُمْ مِنْ لِينَةٍ أَوْ تَرَكْتُمُوهَا**...}([1]) الآية. قال الأخميمي رحمه الله: "فتمسك المجيز للعقوبة بالمال بقطع نخل بني النضير ساقط عن

([1]) سورة الحشر الآية 5.

النظر بالكلية؛ لأن الموضوع في أخذ مال المسلم عقوبة لا الكافر لحرمة مال الأول، كدمه دون الثاني"، ولهذا منع الجمهور من ذلك إذا كان يرجى مصيره للمسلمين على ما نقله الأخميمي عنهم في الموطن السابق.

وبناء عليه فلا دليل في هذا الحديث أيضا على العقوبة بالمال.

-ومنها قضية المددي الذي أغلظ لأجله الكلام عوف بن مالك رضي الله عنه على خالد بن الوليد رضي الله عنه لما أخذ سلبه. فقال النبي صلى الله عليه وسلم: "لا ترد عليه".

وأجاب الشوكاني رحمه الله عليه بأنه وارد على سبب خاص فلا يجاوز بها إلى غيره؛ لأنه وسائر أحاديث الباب مما ورد على خلاف القياس لورود الأدلة كتابا وسنة بتحريم مال الغير. وسيأتي مناقشة ذلك الجواب في الباب الرابع.

-ومنها هم النبي صلى الله عليه وسلم بتحريق بيوت المتخلفين عن الجماعة، فأخرج الشيخان عن أبي هريرة رضي الله عنه مرفوعا: "لقد هممت أن آمر بالصلاة فتقام ثم آمر رجلا فيصلى بالناس ثم أنطلق معى برجال معهم حزم من حطب إلى قوم لا يشهدون الصلاة فأحرق عليهم بيوتهم بالنار".

وأخرج مسلم عن ابن مسعود رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: لقوم يتخلفون عن الجمعة: "لقد هممت أن آمر رجلا يصلي بالناس، ثم أحرق على رجال يتخلفون عن الجمعة بيوتهم".

وقد أجيب عنه: بأن السنة أقوال وأفعال وتقريرات، والهم ليس من الثلاث.

ورد بأن النبي صلى الله عليه وسلم لا يهم إلا بالجائز.

قال مقيده عفا الله عنه: هنا هم بالشيء، ثم أعرض عنه، فينتفي الجواز، بخلاف مطلق الهم فهو الذي يقال فيه: لا يهم إلا بالجائز، فيتنبه له.

قد صحح الجميع – بما فيها حديث بهز ابن حكيم – ابن القيم في الطرق الحكمية فقال: وهذه قضايا صحيحة معروفة وليس يسهل دعوى نسخها([1]).

وأخرج مالك في الموطأ([2]) بسند صحيح عن يحيى بن عبد الرحمن بن حاطب أن رفقاء لحاطب سرقوا ناقة لرجل من مزينة فانتحروها فرفع ذلك إلى عمر بن الخطاب فأمر كثير بن الصلت أن تقطع أيديهم. ثم قال عمر "إني أراك تجيعهم والله لأغرمنك غرما يشق عليك. ثم قال للمزني "كم ثمن ناقتك. قال: أربع مائة درهم. قال عمر، أعطه ثماني مائة درهم.

قال مالك: وليس على هذا العمل عندنا في تضعيف القيمة ولكن مضى أمر الناس عندنا على أنه إنما يغرم الرجل قيمة البعير أو الدابة يوم يأخذها.

قال البيهقي، وقد أورده الشافعي إلزاماً لمالك فيما ترك من قول بعض الصحابة.

فقد قال الشافعي، فهذا حديث ثابت عن عمر يقضى به بالمدينة بين المهاجرين والأنصار، وقال الشافعي أيضاً: وأنتم تقولون – خطابا للإمام مالك – حكمه بالمدينة كالإجماع من عامتهم، فإن كان قضاء عمر رحمه الله عندكم كما تقولون فقد خالفتموه في هذا... فإن كان يجوز أن يعمل بخلاف قضاء عمر فكيف لم يجيزوا لغيركم ما أجزتم لأنفسكم.

وعن الربيع عن الشافعي، لا تضعف الغرامة على أحد في شئ. إنما العقوبة في الأبدان لا في الأموال. وإنما تركنا تضعيف الغرامة من قبل أن رسول الله قضى فيما أفسدت ناقة البراء بن عازب أن على أهل الأموال حفظها بالنهار، وما أفسدت المواشى بالليل فهو ضامن على أهلها قال: فإنما يضمنونه بالقيمة لا بقيمتين([3]).

([1]) الطرق الحكمية لابن القيم، ص267، ط السنة المحمدية – 1953/1372م.

([2]) الموطأ 748/2 – ط فؤاد عبد الباقي، ومصنف عبد الرزاق، 239/10.

([3]) كتاب الاختلاف مع مالك للشافعي. آخر كتاب الأم 215/7. ط الشعب. ومعرفة السنن والآثار للبيهقي 425/12 : 426. نشر جامعة الدراسات الإسلامية ودار قتيبة ودار الوعي. ودار الوفاء.

ويجاب أيضا بما أجاب الشوكاني رحمه الله أنه من باب سد ذرائع الفساد.

وتقدم بيان ما في هذا الجواب.

وأجاب الشوكاني أيضا أنه بعد تسليم ثبوته فإنه قول صحابي لا ينهض للاحتجاج به، لا يقوى على تخصيص عمومات الكتاب والسنة.

قال الأخميمي: وهذا الجواب سديد في الباب.

وللمجوزين منعه بأنه قد كثرت القضايا عن الصحابة بذلك، وشاع دون نكير، فكان إجماعاً، وقد استدلا بهذا الأئمة في كثير من القضايا، والإجماع يخصص به القرآن والسنة، قال الآمدي رحمه الله: "لا أعرف خلافا في تخصيص القرآن والسنة بالإجماع... فإذا رأينا أهل الإجماع قاضين بما يخالف العموم في بعض الصور عملنا أنهم ما قضوا به إلا وقد اطلعوا على دليل مخصص له؛ نفيا للخطأ عنهم. وعلى هذا فمعنى إطلاقنا أن الإجماع مخصص للنص أنه معرف للدليل المخصص لا أنه في نفسه هو المخصص".

وهذان الجوابان يجريان فيما شاكلهما، فلا داعي لتكرارهما.

-ومنها تحريق عمر رضي الله عنه المكان الذي يباع فيه الخمر.

-ومنها تحريق عمر رضي الله عنه قصر سعد بن أبي وقاص رضي الله عنه لما احتجب فيه عن الرعية، وصار يحكم في داره.

-ومنها مصادرة عمر رضي الله عنه عماله بأخذ شطر أموالهم، فقسمها بينهم وبين المسلمين.

-ومنها أن عمر رضي الله عنه لما وجد مع السائل من الطعام فوق كفايته، وهو يسأل أخذ ما معه وأطعمه إبل الصدقة.

-ومنها إراقة عمر رضي الله عنه للبن المغشوش.

-ومنها تغليظه هو وابن عباس رضي الله عنهما الدية على من قتل في الشهر الحرام في البلد الحرام.

-ومنها إحراق علي بن أبي طالب رضي الله عنه لطعام المحتكر.

-ومنها إحراق علي بن أبي طالب رضي الله عنه لدور قوم يبيعون الخمر.

-ومنها هدمه لدار جرير بن عبد الله رضي الله عنه.

وقد صحح عامتها بما فيها حديث بهز بن حكيم ابن القيم في الطرق الحكمية فقال: وهذه قضايا صحيحة معروفة وليس يسهل دعوى نسخها.

واستدل ابن فرحون أيضا في التبصرة بأكثر ما سبق، ثم قال: وغير ذلك مما يكثر تعداده هذه قضايا صحيحة معروفة.

-وربما استدل للمجوزين من جهة المعقول – على فرض عدم صحة الاستدلال بما تقدم من آثار – بأنه إذا لم يمكن ردع الجناة إلا بالمال ردعوا به. فيقال: وهذه من المصالح المرسلة.

وللمانعين أن يجيبوا: بأن الروادع الشرعية أردع، وبأن شرط العمل بالمرسل: ما لم يقم دليل على اعتباره وإلغائه، وتحريم أكل المال بالباطل معلوم من الدين بالضرورة قد قام الدليل القطعي على إلغائه، فلا يصح أن يقال: العمل به من باب المصالح المرسلة.

وللمجوزين أن يجيبوا: بأنه ليس من باب أكل المال بالباطل، بل هو من باب دفع الظلم ورفعه.

على أن ما ورد من أحاديث وآثار يجعل القول بالجواز مما اعتبر الشارع مصلحته وقضى به، فالقول بالجواز قول بما اعتبره الشارع وهو أقوى دلالة من القول بما لم يعتبره الشارع ولم يلغه.

وللماوردي([1]) نص هام للغاية يرفع الحيرة التي ربما تصيب الباحث في المسألة، وينبه على السبب في وقوع الاختلاف فيها فقال رحمه الله " ما كان مستخرجاً من غير نص ولا أصل فقد اختلف في صحة الاجتهاد فيه بغلبة الظن على

([1]) أدب القاضي للماوردي 519/1: 520، مط الإرشاد – بغداد – 1391/1971م.

وجهين: أحدهما: لا يصح الاجتهاد بغلبة الظن حتى يقترن بأصل لأنه لا يجوز أن يرجع في الشرع إلى غير أصل.

وهذا هو الظاهر من مذهب الشافعي. ولذلك أنكر القول بالاستحسان لأنه تغليب ظن بغير أصل.

والوجه الثاني: يصح الاجتهاد به؛ لأن الاجتهاد في الشرع أصل فجاز أن يستغنى عن أصل.

وقد اجتهد العلماء في التعزير على ما دون الحدود بآرائهم في أصله من ضرب وحبس. وفي تقديره بعشر جلدات في حال وبعشرين في أخرى وبثلاثين في أخرى. وليس لهم في هذه المقادير أصل مشروع.

-6-

الفرق بين الاجتهاد بغلبة الظم وبين الاستحسان

أن الاستحسان يترك به القياس

والاجتهاد بغلبة الظن يستعمل مع عدم القياس

وقد اشترط أحد الباحثين المعاصرين شرطين جوهريين للقول بالجواز وفي حدود ضيقة جداً.

أحدهما: ألا تمكن معاقبة الجاني بغير الغرامة من وسائل التعزير الأخرى. أو تمكن ولكن المصلحة في الغرامة أكثر منها في غيرها.

ثانيهما: ألا يتخذ من هذا الجواز ذريعة لمصادرة أموال الناس، وإثقال كواهلهم بغرامات لا قبل لهم بها([1]).

أضف إلى هذا شرطين هامين لإيجاب التعزير عامة:

أولهما: أن يكون الأمر الذي يُدفع ضرراً مؤكداً وليس ضرراً وهمياً. وأن تكون المصلحة مؤكدة وليست وهما.

([1]) الظروف المشددة. الدكتور ناصر الخليفي – مرجع سابق – ص196 : 197.

ثانيهما: أن يكون الضرر المدفوع من جنس ما أمر الشارع بدفعه، وأن تكون المصلحة من جنس المصالح التي أمر بها الشارع([1]).

أدلة المنع:

من أدلة الكتاب والسنة على تحريم مال الغير:

1-قوله تعالى: {**لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ**}([2]).

2-قوله تعالى: {**وَلَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ وَتُدْلُوا بِهَا إِلَى الْحُكَّامِ لِتَأْكُلُوا فَرِيقًا مِنْ أَمْوَالِ النَّاسِ بِالْإِثْمِ وَأَنْتُمْ تَعْلَمُونَ**}([3]).

3-وقال صلى الله عليه وسلم في خطبة حجة الوداع: "**إنما دماؤكم وأموالكم وأعراضكم عليكم حرام**".

4-وقال صلى الله عليه وسلم: "**لا يحل مال امرئ مسلم إلا بطيبة من نفسه**".

5-وقال صلى الله عليه وسلم: "**حرمة مال المسلم كحرمة دمه**".

فوجب أن يكون أخذ ماله من غير عوض محرما..

([1]) نظرة إلى العقوبة في الإسلام لأبي زهرة ص186، مط الأزهر 1967/1387 – قدم إلى المؤتمر الرابع لمجمع البحوث الإسلامية: ولا يفوتنا أن نذكر ما يتعلق بمسألتنا من كلامه لما لأبي زهرة من مكانة بين الباحثين المعاصرين: قال (ص194-195) الجرائم التعزيزية قسمان: الأولى جرائم هي من جنس جرائم الحدود ولكن لم تستوف شروط إقامة الحد. وهذا القسم يسار في تعزيره على أساس الحد ولكن لا تصل العقوبة إلى عقوبة الحد. الثاني: الجرائم التي ليس في جنسها حد كترك الزكاة أو الصلاة أو الصوم أو أداء الديون أو كالنصب والرشوة وهذه الجرائم ترك تعذيرها لولي الأمر أو للقاضي حسب الأحوال ولا قيد يقيده إلا العدالة وما به يتحقق وضع الفساد وما يكون به التناسب بين العقوبة والجريمة من غير تهاون ولا شطط.

([2]) سورة النساء الآية 29.

([3]) سورة البقرة الآية 188.

المراجع

1. د/ محمد أنس الزرقا، د/ محمد علي القري، التعويض عن ضرر المماطلة في الدين بين الفقه والاقتصاد –ص25: 30، بحث منشور بمجلة أبحاث الاقتصاد الإسلامي م2 ص25 : 57، 1411هـ - 1991م.
2. الشيخ مصطفى الزرقا – مجلة أبحاث الاقتصاد الإسلامي ع2 / مج2 1405 – 1985 (87-89)، والتعويض عن ضرر المماطلة، مرجع سابق، ص33 : 32.
3. بحث د/ أنس الزرقا، محمد علي القري. مجلة أبحاث الاقتصاد الإسلامي، 1411هـ - 1991م، ص35 : 36. وبحث: رأى آخر في مطل المدين، هل يلزم بالتعويض، للدكتور محمد زكي عبد البر، مجلة جامعة الملك عبد العزيز – الاقتصاد الإسلامي- م2- 1990/1410 – ص156، 159 : 160.
4. روضة الطالبين للنووي 174/10، ط المكتب الإسلامي. ولا يخفى أنه زاد التوبيخ بعد ذكر الحبس والضرب، ثم قال: كالحبس فأفاد إرادة التمثيل.
5. المنهاج للنووي مع شرح مغنى المحتاج للخطيب الشربيني 191/4-192.
6. حاشيتا قليوبي وعميرة على شرح المحلى 205/4.
7. نهاية المحتاج للرملي ومعه حاشيتا الرشيدي والشبراملسي 19/8.
8. حاشية الدسوقي (315/4).
9. البيان والتحصيل 297/16 – ط دار الغرب الإسلامي 1986م.
10. روضة الطالبين للنووي، (209/2).
11. المستصفى (126/1). (مط الأميرية 1325هـ). والمنهاج للبيضاوي بشرح الإبهاج للسبكي (253/2). (دار الكتب العلمية ط1-1404هـ - 1984م)، (البحر المحيط للزركشي 128/4 – ط الكويت). إرشاد الفحول للشوكاني، ص192 (ط الحلبي – دت).

12. حاشية العدوي علي الخرشي ج110/8.
13. المعيار المعرب، 416/2، نشر وزارة الأوقاف المغربية.
14. قال في فتح القدير 345/5: وعن أبي يوسف يجوز التعزير للسلطان بأخذ المال. وعندهما وباقي الأئمة لا يجوز اه.
15. البحر الرائق شرح كنز الدقائق لابن نجيم 44/5 – مط العلمية – 1310هـ.
16. فتح القدير لابن الهمام 345/5- ط الحلبي 1970م.
17. حاشية الشرنبلالي على درر الحكام لمنلا خسرو، والمسماة غنية ذوي الأحكام في بغية دور الأحكام. مط أحمد كمال بالأستانة 1330هـ ص.
18. تنوير الأبصار مع شرح الدر المختار وحاشية رد المحتار لابن عابدين 61/4.
19. مجمع الأنهر شرح ملتقى الأبحر لشيخ زاده 617/1.
20. الأستانة مط العثمانية 1327هـ وحاشية الشيخ أحمد الشلبي على تبيين الحقائق 208/3، مط الأميرية الأولى 1313هـ.
21. رسائل ابن نجيم – الرسالة الثالثة عشر في التعزير ص126.
22. الفتاوى الأنقروية 157/1 مط الأميرية 1281هـ.
23. الفتاوى الخيرية ص89 – ط2 الأميرية 1300هـ.
24. المغني لأبي محمد بن قدامة المقدسي، 159/9، 477/2: نشر رئاسة إدارة البحوث الرياض – 1401 / 1981.
25. الاختيارات العلمية ملحق بالفتاوى الكبرى لابن تيمية 601/4 دار المعرفة بيروت ومجموع الفتاوى الكبرى لابن تيمية. نشر مكتبة المعارف بالرباط – 119/28.
26. السياسة الشرعية ص120 – دار الكتاب العربي – ط2 – 1951م.

27. الطـرق الحكميـة لابــن القـيم، ص267، ط الســنة المحمديـة – 1953/1372م.

28. الموطـأ 748/2 – ط فـؤاد عبـد البـاقي، ومصــنف عبـد الـرزاق، 239/10.

29. كتاب الاختلاف مع مالك للشافعي. آخر كتاب الأم 215/7. ط الشعب. ومعرفة السنن والآثار للبيهقي 425/12 : 426. نشر جامعة الدراسات الإسلامية ودار قتيبة ودار الوعي. ودار الوفاء.

30. أدب القاضي للماوردي 519/1: 520، مط الإرشاد – بغداد – 1391/1971م.

الفهرس العام